

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag  
Reihe: Rechtswissenschaften

Band 87

# Insolvenz

Mathias Gellert

## Abwicklungs- und Verteilungsprobleme bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren

Wissenschaftliche Beiträge  
aus dem Tectum Verlag  
Reihe Rechtswissenschaften



Wissenschaftliche Beiträge  
aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften  
Band 87

Mathias Gellert

**Abwicklungs- und Verteilungsprobleme  
bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen  
im Insolvenzverfahren**

Tectum Verlag

Mathias Gellert

Abwicklungs- und Verteilungsprobleme bei massenhaft streitigen  
Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaften; Bd. 87

© Tectum Verlag Marburg, 2017

Zugl. Diss. Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg 2016

ISBN: 978-3-8288-6619-5

(Dieser Titel ist zugleich auch als gedrucktes Buch unter der  
ISBN 978-3-8288-3878-9 erschienen.)

ISSN: 1861-7875

Umschlagabbildung: fotolia.com © Marco2811

Satz, Layout, Umschlaggestaltung: Mareike Gill | Tectum Verlag

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

### **Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

# Übersicht

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	<b>XV</b>
------------------------------------	-----------

<b>Einführung</b> .....	<b>1</b>
-------------------------	----------

A. Themenaufriß und Rechtfertigung .....	1
B. Gang der Untersuchung; Ziele der Arbeit .....	6

<b>Kapitel 1: Die Rechtsprobleme am praktischen Fall</b> .....	<b>9</b>
--	----------

A. Der Fall Phoenix: Geschäftsmodell und Ursachen der Insolvenz. ....	9
B. Konflikte .....	12

<b>Kapitel 2: Abwicklungs- und Verteilungshindernisse bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Regelverfahren</b> .....	<b>27</b>
--	-----------

A. Die Forderung als Schlüssel der Gläubigerrechte: Ein Überblick .....	27
B. Abwicklungshindernisse .....	35
C. Verteilungshindernisse bei unbestimmbarer Passivmasse. ....	40
D. Problemexkurs: Sanierungshindernis. ....	58
E. Zwischenergebnis. ....	60

<b>Kapitel 3: Neue Ansätze? Ein Blick über den insolvenzrechtlichen „Tellerrand“</b> .....	<b>63</b>
--	-----------

A. Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) .....	63
B. Allgemeines Verfahrensrecht .....	66

<b>Kapitel 4: Der Phoenix-Plan: Begrenzte Autonomie im Planverfahren</b> .....	<b>69</b>
--	-----------

A. Der gescheiterte verfahrensbegleitende Phoenix-Insolvenzplan. ....	69
B. Der Phoenix-Plan auf dem Prüfstand der Gerichte .....	77

<b>Kapitel 5: Untersuchung der Planfestigkeit der §§ 174 ff. InsO</b> .....	<b>81</b>
---	-----------

A. Ziel .....	81
B. Prüfungsreihenfolge. ....	82
C. Keine Spezialvorschrift .....	82
D. § 217 InsO: Das Schlüsselbrett und Tür zur Privatautonomie. ....	87
E. Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse .....	123

<b>Kapitel 6: Die Suche geht weiter! Grundlagen alternativer Plangestaltungen – das Problem der Stimmrechte .....</b>	<b>125</b>
A. Notwendigkeit einer gesicherten Stimmrechtsregelung .....	125
B. Verfahren (§ 235 InsO) .....	126
C. Bestimmung von Stimmrechten im Planverfahren .....	127
D. Ergebnis .....	138
 <b>Kapitel 7: Gestaltungsversuche über Options- und Verteilungspläne: Die zulässige „Bestimmung“ von Gläubigerforderungen für Sanierungs- und Verteilungszwecke .....</b>	 <b>139</b>
A. Vorüberlegungen: Das „Phoenix-Erbe“ .....	139
B. Vorschlag 1: Der Optionsplan .....	142
C. Vorschlag 2: Der tabellenunabhängige Verteilungsplan .....	173
 <b>Fazit:      Erinnerungen an die wichtigsten Erkenntnisse und Ausblick. ....</b>	 <b>233</b>
 <b>Anlagen. ....</b>	 <b>235</b>
A. Anlage 1: Rechenbeispiel für Rückstellungen .....	235
B. Anlage 2: Rechenbeispiel für Verteilungsungerechtigkeit .....	237
C. Anlage 3: Rechenbeispiel für mögliche Schlechterstellung .....	239
 <b>Literaturverzeichnis .....</b>	 <b>243</b>

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XV
-----------------------------	----

Einführung .....	1
------------------	---

A. Themenaufriss und Rechtfertigung .....	1
---	---

B. Gang der Untersuchung; Ziele der Arbeit .....	6
--	---

Kapitel 1: Die Rechtsprobleme am praktischen Fall .....	9
---	---

A. Der Fall Phoenix: Geschäftsmodell und Ursachen der Insolvenz .....	9
---	---

B. Konflikte .....	12
--------------------	----

I. Zusammenspiel von Insolvenzrecht und Zwangsvollstreckungsrecht .....	12
---	----

1. Insolvenzrecht als besondere Form der Zwangsvollstreckung .....	12
--	----

2. Unterschiede zum Zwangsvollstreckungsrecht .....	14
---	----

II. Klassifizierung und Bestimmung der Gläubigerforderungen .....	17
---	----

1. Aussonderung durch Treuhandabrede? .....	18
---	----

2. Eine Forderung, mehrere Berechnungsmethoden .....	21
--	----

Kapitel 2: Abwicklungs- und Verteilungshindernisse bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Regelverfahren .....	27
--	----

A. Die Forderung als Schlüssel der Gläubigerrechte: Ein Überblick .....	27
---	----

I. Antragsrecht aufgrund des persönlichen Leistungsanspruchs .....	27
--	----

II. Die spezifischen (Insolvenz-)Gläubigerrechte .....	27
--	----

1. Teilnahmerecht .....	28
-------------------------	----

2. Informations- und Anwesenheitsrecht .....	29
--	----

3. Mitbestimmungsrecht .....	30
------------------------------	----

4. Teilhaberecht .....	33
------------------------	----

5. Prüfungsrecht .....	33
------------------------	----

6. Vollstreckungsrecht aus der Tabelle .....	34
--	----

III. Zwischenergebnis .....	34
-----------------------------	----

B. Abwicklungshindernisse .....	35
---------------------------------	----

I. Tabellenführung .....	36
--------------------------	----

II. Stimmrechte in Gläubigerversammlungen .....	36
---	----

1. Grundsätze für Abstimmungen .....	37
--------------------------------------	----

2. Gefährdung der Gläubigerautonomie bei massenhaft streitigen Forderungen .....	39
--	----



## Inhaltsverzeichnis

C.	Verteilungshindernisse bei unbestimmbarer Passivmasse . . . . .	40
I.	Das „Phoenix-Szenario“ – Der Wunsch einer frühzeitigen Vermögensverteilung . . . . .	40
II.	Grundsätze für Verteilungen im Regelverfahren . . . . .	41
1.	Überblick über Verteilungswege . . . . .	41
2.	Berücksichtigung festgestellter und bestrittener Forderungen. . . . .	42
3.	Blick in die Praxis und auf den Ausgangsfall. . . . .	43
III.	(Unzureichende) Korrektur- und Einflussnahmemöglichkeiten . . . . .	44
1.	Möglichkeiten des Gerichts . . . . .	44
2.	Möglichkeiten der Gläubiger . . . . .	46
a)	Einigung nach Widerspruch . . . . .	47
b)	Die Gläubigerversammlung: geeignetes Forum zur Vergemeinschaftung der Gläubigerinteressen? . . . . .	47
c)	Reichweite der Befugnisse . . . . .	49
3.	Möglichkeiten des Insolvenzverwalters . . . . .	50
a)	Einflussmöglichkeiten auf das Anmeldeverfahren . . . . .	50
aa)	Pool- oder Sammelanmeldungen . . . . .	50
bb)	Automatisierter Anmeldeprozess . . . . .	52
b)	Einflussmöglichkeiten im Feststellungsverfahren durch individuelle Vergleiche . . . . .	53
4.	Doch eine Abschlagsverteilung? . . . . .	54
a)	Problem: Rückstellungen als unkalkulierbarer Unsicherheitsfaktor . . . . .	54
b)	Problem: Haftungsrisiko durch ungerechte Verteilung . . . . .	56
c)	Problem: Verteilungen (nur) im Ermessen des Insolvenzverwalters . . . . .	58
D.	Problemexkurs: Sanierungshindernis. . . . .	58
E.	Zwischenergebnis. . . . .	60

## Kapitel 3: Neue Ansätze? Ein Blick über den insolvenzrechtlichen „Tellerrand“ . . . . . 63

A.	Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) . . . . .	63
I.	Anwendungsbereich . . . . .	64
II.	Schranke des § 240 ZPO . . . . .	65
III.	Unbrauchbarkeit des Rechtsgedankens . . . . .	66
B.	Allgemeines Verfahrensrecht . . . . .	66

## Kapitel 4: Der Phoenix-Plan: Begrenzte Autonomie im Planverfahren . . . . . 69

A.	Der gescheiterte verfahrensbegleitende Phoenix-Insolvenzplan. . . . .	69
I.	Einführung . . . . .	69
II.	Ziel, Motiv und Regelungsgehalt . . . . .	69

## Inhaltsverzeichnis

III.	Insolvenzspezifische Einordnung .....	71
1.	Plantypen .....	71
2.	Zulässigkeit der verfahrensbegleitenden Wirkung .....	73
3.	Anwendungsbereich, einheitlicher Terminus technicus? .....	75
B.	Der Phoenix-Plan auf dem Prüfstand der Gerichte .....	77
I.	Landgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 29.10.2007 .....	78
II.	BGH, Beschluss vom 5.2.2009 .....	79
III.	Zwischenergebnis .....	80
 <b>Kapitel 5 : Untersuchung der Planfestigkeit der §§ 174 ff. InsO .....</b>		<b>81</b>
A.	Ziel .....	81
B.	Prüfungsreihenfolge .....	82
C.	Keine Spezialvorschrift .....	82
D.	§ 217 InsO: Das Schlüsselbrett und Tür zur Privatautonomie .....	87
I.	Ausgangspunkt und Maßstab der Überlegungen .....	87
II.	Wortsinn und systematische Interpretation .....	90
1.	Das Anmelde- und Feststellungsverfahren als Teil der Befriedigung? .....	91
2.	Das Anmelde- und Feststellungsverfahren als Teil der Verteilung? .....	93
3.	Das Anmelde- und Feststellungsverfahren als Teil der Verfahrensabwicklung? .....	94
III.	Historische Ansätze .....	94
1.	Der Insolvenzplan im Reformprozess .....	95
2.	Reformbemühungen und ökonomisch geprägte Einflüsse und Gesichtspunkte .....	97
3.	Gläubigerautonomie im Spannungsfeld von zwingenden Vorschriften .....	100
4.	Die Entwicklungsgeschichte: das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) .....	103
IV.	Der Sinn und Zweck .....	105
1.	Die „konturenlose“ Gläubigerautonomie und die Macht der Mehrheit .....	106
2.	Keine Gefahr einer fehlerhaften Bewertung .....	109
3.	Bedeutung der Tabelle im Regel- und Planverfahren .....	110
4.	Ein Blick zu den USA – Das Vorbildargument? .....	115
5.	Gläubiger(un-)gleichbehandlung .....	116
6.	Ordnungsfunktion des Anmelde- und Feststellungsverfahrens .....	117
7.	Das Argument der Nachrangigkeit .....	119
V.	Bestätigung durch verfassungskonforme Auslegungskontrolle .....	120
E.	Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse .....	123

**Kapitel 6: Die Suche geht weiter! Grundlagen alternativer Plangestaltungen –  
das Problem der Stimmrechte ..... 125**

A.	Notwendigkeit einer gesicherten Stimmrechtsregelung .....	125
B.	Verfahren (§ 235 InsO) .....	126
C.	Bestimmung von Stimmrechten im Planverfahren .....	127
I.	Stimmrechte für unbestrittene Insolvenzforderungen .....	127
II.	Stimmrechte für bestrittene Insolvenzforderungen .....	128
1.	Das Einigungsverfahren .....	129
2.	Die gerichtliche Stimmrechtsentscheidung .....	130
a)	Zuständigkeit, Kontrolle .....	131
b)	Maßstäbe und Kriterien der Entscheidung .....	131
c)	Ansätze bei massenhaft streitigen Forderungen .....	132
d)	Unterstützung durch den Insolvenzverwalter .....	133
3.	Vergleichbares Modell nach US amerikanischem Recht: Rule 3018 of the Federal Rules of Bankruptcy Procedure .....	134
4.	Kritikpunkt – Mögliche Überforderung der deutschen Insolvenzgerichte .....	135
a)	Sachkunde der Insolvenzrichter .....	136
b)	Zuständigkeit der Insolvenzgerichte .....	136
D.	Ergebnis .....	138

**Kapitel 7: Gestaltungsversuche über Options- und Verteilungspläne:  
Die zulässige „Bestimmung“ von Gläubigerforderungen  
für Sanierungs- und Verteilungszwecke ..... 139**

A.	Vorüberlegungen: Das „Phoenix-Erbe“ .....	139
I.	Wirkungskreis und Beteiligung der Gläubiger .....	139
II.	Die Herausforderung: Bindung und Schutz der Gläubiger .....	140
B.	Vorschlag 1: Der Optionsplan .....	142
I.	Idee und These: Handlungsoptionen auf Vergleichsangebote .....	142
II.	Erläuterungen des Gesamtkonzeptes .....	144
1.	Grundlagen der Überlegungen und Behauptung .....	144
2.	Der Vergleich mit optionalem Widerspruchsrecht .....	145
a)	Der Berechnungsmodus (nur) als Vergleichsvorschlag .....	145
b)	Das Widerspruchsrecht: Inhalt, Ablauf, Zeitpunkt .....	145
c)	Das Wahlrecht als Opt-Out-Modell .....	147
aa)	Vorüberlegungen .....	147
bb)	Konkludenz des Schweigens als zulässiger Planinhalt (§§ 231, 250 InsO) .....	148

## Inhaltsverzeichnis

1) Formelle Zulässigkeit . . . . .	148
2) Materielle Zulässigkeit . . . . .	149
2a) Exkurs: Schweigen im Vertragsrecht . . . . .	150
2b) Wesen des Insolvenzplans als ein dem Vertrag bürgerlichen Rechts ähnliches Rechtsinstitut . . . . .	151
2c) Prinzip bei Passivität im Insolvenzverfahren: Eine Abwägungen der Interessen . . . . .	155
3) Zwischenergebnis . . . . .	158
cc) Ablehnung durch Widerspruch . . . . .	158
d) Ermächtigung des Insolvenzverwalters (§ 160 InsO) . . . . .	159
e) Gedankenexkurs: Opt-In-Modell für Aussonderungsberechtigte (Phoenix)? . . . . .	160
3. Korrektur der Insolvenztabelle . . . . .	162
4. Durchführung der Verteilung . . . . .	162
a) Rückgriff auf die Insolvenztabelle . . . . .	162
b) Berücksichtigung der ablehnenden Gläubiger . . . . .	163
c) Berücksichtigung von Nachzüglern . . . . .	164
d) Gestaltungsalternative: Plandispositivität des § 192 InsO? . . . . .	165
III. Verfahrensfragen . . . . .	167
1. Planvorlagerecht (§ 218 InsO) . . . . .	167
2. Verfahrensbegleitende Wirkung? . . . . .	167
3. Planbestätigung . . . . .	168
a) Gerichtliche Überprüfung (§§ 231, 250 InsO) . . . . .	169
b) Minderheitenschutz: Die insolvenzrechtliche Wertgarantie (§ 251 InsO) . . . . .	170
IV. Zusammenfassung . . . . .	172
C. Vorschlag 2: Der tabellenunabhängige Verteilungsplan. . . . .	173
I. Kritik am Optionsplan und die Notwendigkeit einer Alternative. . . . .	173
II. Idee und These: Forderungsschätzung für Zwecke der Verteilung . . . . .	174
1. „claim estimation“ nach amerikanischem Vorbild . . . . .	174
2. Übertragbarkeit und Anwendung des Rechtsgedankens . . . . .	178
IV. Der Beweis der These: Die Insolvenztabelle im Regel- und Planverfahren . . . . .	180
1. Ausgangspunkt der Überlegungen . . . . .	181
2. Tabellenfunktionen im Regelverfahren . . . . .	181
a) Einfluss und Bedeutung für das Mitbestimmungsrecht . . . . .	182
b) Einfluss und Bedeutung für das Teilhaberecht . . . . .	182
aa) Anmeldung und Feststellung zur Tabelle . . . . .	182
bb) Das Verteilungsverzeichnis als fortgeschriebene Tabelle . . . . .	184
cc) Umgang mit bestrittenen Forderungen . . . . .	185
dd) Korrektur des Verteilungsverzeichnisses vor Verteilung . . . . .	186

## Inhaltsverzeichnis

ee)	Kein unmittelbarer Zahlungsanspruch	187
c)	Einfluss und Bedeutung für das Vollstreckungsrecht	187
d)	Zwischenergebnis	188
3.	Tabellenfunktionen im Planverfahren	188
a)	Einfluss und Bedeutung für das Mitbestimmungsrecht	189
b)	Einfluss und Bedeutung für das Teilhaberecht	189
aa)	Zulässigkeit einer tabellenunabhängigen Verteilungsregel	190
1)	Auslegung des § 217 S. 1 InsO	190
2)	Identische Tabellenquote, jedoch unterschiedliche Gruppenquote	191
3)	Gegenstand und Wirkung der Tabelleneintragung	192
4)	Gerechtigkeit durch Verhandlung im Regel- aber auch im Planverfahren	194
5)	(Un-)berechtigte Zahlungen auf (titulierte) Forderungen	195
6)	Risiko einer fehlerhaften Verteilungsregel hinnehmbar	197
7)	Bekannte Gläubiger (§ 229 S. 3 InsO)	199
8)	Allgemeine Wirkung des Plans (§ 254 Abs. 1 InsO)	199
bb)	Kritik	200
1)	Spezialgesetzliche Regelung des § 256 InsO?	201
2)	Durchführung des allgemeinen Prüfungstermins	201
3)	Vorläufigkeit (k)ein Prinzip des Insolvenzverfahrens?	202
4)	Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG?	203
cc)	Ergebnis	204
c)	Einfluss und Bedeutung für das Vollstreckungsrecht (§ 257 InsO)	205
4.	Fazit	207
V.	Umsetzungs- und Verfahrensfragen	208
1.	Beispielhafte Verteilungsregel durch Schätzung von Verbindlichkeiten	208
a)	Grundsatz I: „Alles“ oder „Nichts“	208
b)	Grundsatz II: Inhaltsoffenheit und Fairnessgebot	209
c)	Die homogene Schuldenmasse	209
d)	Die inhomogene Schuldenmasse	209
2.	Die Festlegung einer Zielverschuldung (§§ 224, 255 f. InsO)	211
a)	Grundlagen	211
b)	Liquidation	213
c)	Sanierung	214
3.	Gruppenbildung	215
a)	Sinn und Zweck im Konflikt zu Manipulationsmöglichkeiten	215
b)	Unzulässigkeit oder Gebotenheit zur Bildung eigener Gruppen der Gläubiger mit streitbefangenen Forderungen?	217

## Inhaltsverzeichnis

4.	Verfahrensbegleitende Wirkung (§ 258 Abs. 1 InsO) . . . . .	219
5.	Planbestätigung . . . . .	220
a)	Gerichtliche Überprüfung (§§ 231, 250 InsO). . . . .	220
aa)	Ausgangspunkt und grundlegende Bedeutung des Widerspruchsrechts . . . . .	220
bb)	Keine Einschränkung der Verfahrensrechte (§ 178 InsO). . . . .	221
b)	Minderheitenschutz: Die insolvenzrechtliche Wertgarantie (§ 251 InsO) . . . . .	223
aa)	Grundlagen . . . . .	223
bb)	Prognose der Schlechterstellung . . . . .	225
cc)	Quotenschaden als potenzielle Schlechterstellung . . . . .	226
1)	„mittelbarer“ und „unmittelbarer“ Quotenschaden . . . . .	227
2)	Ausgleich durch bereitgestellte Mittel (§ 251 Abs. 3 InsO) . . . . .	228
2a)	Anspruchsberechtigte . . . . .	229
2b)	Geltendmachung, Höhe der Ausgleichsmittel . . . . .	230
dd)	Ergebnis: Wahrung und Schutz der Parteiinteressen . . . . .	231
<b>Fazit:</b>	<b>Erinnerungen an die wichtigsten Erkenntnisse und Ausblick. . . . .</b>	<b>233</b>
<b>Anlagen. . . . .</b>	<b>. . . . .</b>	<b>235</b>
A.	Anlage 1: Rechenbeispiel für Rückstellungen . . . . .	235
B.	Anlage 2: Rechenbeispiel für Verteilungungerechtigkeit . . . . .	237
C.	Anlage 3: Rechenbeispiel für mögliche Schlechterstellung . . . . .	239
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>. . . . .</b>	<b>243</b>



# Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
BB	Betriebsberater
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BR-Dr.	Bundesratsdrucksache
BT-Dr.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bspw.	beispielsweise
DB	Der Betrieb
ders./dies.	derselbe/dieselbe(n)
d. h.	das heißt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EdW	Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen
EAEG	Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
EUR	Euro
GIS	elektronisches Gläubigerinformationssystem
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung



## Inhaltsverzeichnis

f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
KapMuG	Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz
lit.	littera (= Buchstabe)
Mio.	Millionen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz
TEUR	Tausend Euro
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

## Abkürzungsverzeichnis

v. v.	von vielen
WM	Wertpapiermitteilungen
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung



# Einführung

## A. Themenaufriß und Rechtfertigung

Der Gesetzgeber gibt als ein Ziel der InsO die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners vor, indem sein Vermögen verwertet und der Erlös verteilt<sup>1</sup> oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung<sup>2</sup> getroffen wird (§ 1 S. 1 InsO). Das Insolvenzrecht gilt als rechtlich komplizierte Gemengelage vieler Interessen und kann deshalb hinsichtlich seiner marktwirtschaftlichen Bedeutung nur schwer eindeutig eingeordnet werden, doch am Ende geht es hauptsächlich um den finanziellen Umbau von am Markt versagenden Wirtschaftseinheiten<sup>3</sup> oder um die vernünftige rechtliche Ordnung des Marktaustritts, wobei in jedem Fall den Vermögensverteilungen eine hervorgehobene Bedeutung zukommt. Von den Besonderheiten der Eigenverwaltung abgesehen, verteilen im Regelverfahren die Insolvenzverwalter das Vermögen auf angemeldete und in der Insolvenztabelle festgestellte Forderungen und berücksichtigen angemeldete bestrittene Forderungen in Form von Rückstellungen, soweit die Gläubiger die gesetzlich normierten weiteren Voraussetzungen erfüllen (§§ 187 ff. InsO). Die Insolvenzverwalter verwerten deshalb nicht nur das schuldnerische Vermögen, sondern prüfen – neben Schuldner und Insolvenzgläubiger – auch die angemeldeten Forderungen und bestimmen so überhaupt erst die Schuldenmasse, auf die der Erlös gleichmäßig verteilt wird. Doch je komplexer und größer das Unternehmen, desto aufwendiger und komplizierter gestaltet sich das Insolvenzverfahren und angesichts globaler Konkurrenz und demzufolge wohl weiter steigender Zahlen von Unternehmenszusammenschlüssen wird die Wahrscheinlichkeit von „Großinsolvenzen“ in den nächsten Jahren voraussichtlich wachsen. Nicht selten geht es bei solchen Insolvenzverfahren um bedeutende Vermögenswerte in Millionen- oder gar Milliardenhöhe – auf Seiten des Vermögens aber auch der Verbindlichkeiten.

Nach den Ergebnissen des Statistischen Bundesamtes für das Berichtsjahr 2015 meldeten die deutschen Amtsgerichte 116.092 eröffnete Insolvenzen (davon 16.979 Unternehmensinsolvenzen).<sup>4</sup> Das voraussichtliche Forderungsvolumen betrug nach Schätzung etwa 24,4 Milliarden EUR. Die durchschnittli-

---

1 Nachfolgend auch Regelverfahren.

2 Nachfolgend auch Planverfahren.

3 Uhlenbruck ZInsO 2001, 1129 (1133).

4 Statistisches Bundesamt, Fachserie 2, Reihe 4.1, erschienen am 11.3.2016, Seite 11; abgerufen unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de) am 21.8.2016.

che Quote liegt bei etwa 3,6 %<sup>5</sup>, weshalb rein rechnerisch für das Jahr 2015 etwa 1 Milliarde EUR zu verteilen waren bzw. sind. Für abschließende Zahlen muss man derzeit noch auf belastbare Daten des Insolvenzstatistikgesetzes warten<sup>6</sup>, doch der Kern der Sache ist ungeachtet dessen bereits erkennbar. Bemerkenswert ist nämlich, dass etwa die Hälfte der Forderungen auf etwa 600 Verfahren entfallen und somit allein in diesen wenigen Verfahren ein Großteil der Erlöse von schätzungsweise 500 Mio. EUR zu verteilen sind.<sup>7</sup> In diesen hier als „Großverfahren“ bezeichneten Insolvenzen steigen neben der Gesamtsumme der Forderungen regelmäßig ganz allgemein auch die Anzahl der Gläubiger und damit letztendlich auch der Aufwand, das Verfahren ordnungsgemäß und in einem zeitlich vertretbaren Rahmen abzuwickeln. Insolvenzverwalter, Insolvenzrichter aber auch Berater sehen sich in diesen wenigen Großverfahren einer Vielzahl potenziell konkurrierender Interessen gegenüber. Diese Mammutaufgabe scheint schwer genug, doch der daraus resultierende Widerstreit gipfelt dann in ein Extrem, wenn zusätzlich Streit über die Berechtigung aller oder einer wesentlichen Gruppe von Gläubigern, jedenfalls einer Vielzahl von Gläubigerforderungen, besteht.

Mit der vorliegenden Arbeit untersuche ich die damit im Zusammenhang stehenden Abwicklungs- und Verteilungsprobleme im Regelverfahren und stelle anschließend dar, inwieweit speziell die Vorschriften über das Anmelde- und Feststellungsverfahren von Insolvenzforderungen oder die Verteilungsvorschriften in einem das Regelverfahren gestaltenden Insolvenzplan angepasst bzw. neu geregelt werden können. Ausgangs- und Bezugspunkt der Überlegungen ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der „Phoenix Kapitaldienst GmbH Gesellschaft für die Durchführung und Vermittlung von Vermögensanlagen“<sup>8</sup>, eine Kapitalanlagegesellschaft bei der mehr als 30.000 Anleger Verluste

- 
- 5 Institut für Mittelstandsforschung, Bonn, IfM-Materialien Nr. 186, „Die Quoten der Insolvenzgläubiger in Regel- und Insolvenzplanverfahren“ vorgelegt von Peter Kranzusch unter Mitarbeit von Annette Icks im Juni 2009, Seite 34; abgerufen unter <http://www.ifm-bonn.org> am 19.12.2014.
  - 6 Die voraussichtlichen Forderungen werden von den Amtsgerichten zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung über den Insolvenzantrag ermittelt und gemeldet. Erfasst sind deshalb lediglich Forderungen, von denen die Gerichte Kenntnis haben. Statistiken zu den tatsächlich zur Insolvenztabelle angemeldeten und festgestellten Insolvenzforderungen werden seit dem zum 1.1.2013 in Kraft getretenen Insolvenzstatistikgesetz gesammelt. Ergebnisse waren erst nach Ablauf eines Jahres zu erwarten, somit erstmals für das Jahr 2014 geplant, liegen aber noch nicht vor (Stand 09/2016).
  - 7 Gemeint sind Verfahren, in denen voraussichtlich 5 Mio. EUR und mehr angemeldet werden.
  - 8 Nachfolgend auch nur „Phoenix“ oder „Schuldnerin“. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1.7.2005 durch das AG Frankfurt am Main das Insolvenzverfahren eröffnet (AZ: 810 IN 300/05 P-13-4). Zum Insolvenzverwalter wurde Rechtsanwalt Frank

durch einen als betrügerisches Schneeballsystem ausgestalteten Einlagenpool erlitten. Vereinzelt wurde das Verfahren als das deutsche Pendant zum weltweit bekannten Madoff-Fall bezeichnet.<sup>9</sup> Zwar war das Betrugssystem auch hier nicht neu und konnte strafrechtlich in vergleichsweise überschaubarer Zeit aufgearbeitet werden, jedoch gelang es nicht, das Verfahren aufgrund der massenhaft streitigen Insolvenzforderungen in angemessener Zeit abzuwickeln, denn es war u. a. unklar, wie die Forderungen der Anleger zu bestimmen sind. Verschärft wurde das Problem dadurch, dass der Insolvenzverwalter frühzeitig nennenswerte Gelder in Millionenhöhe sichergestellt hatte, die er an die Gläubiger verteilen wollte, wodurch erwartungsgemäß das Interesse der Gläubiger im Vergleich zu einem „Nullverfahren“ mit wenig bis gar keiner Aussicht auf eine Quotenzahlung erheblich stieg. Jedoch war unklar, ob diese Gelder überhaupt verteilt werden durften und wenn ja, wie eine solche Verteilung bspw. in Form einer Abschlagsverteilung im Regelverfahren hätte durchgeführt werden können.

Der wirtschaftliche Zusammenbruch und die damit einhergehend erforderliche Ordnung der Haftungsverhältnisse haben die Beteiligten vor bislang unbekannte Herausforderungen gestellt, die mithilfe der insolvenzrechtlichen Vorschriften des Regelverfahrens aus damaliger (und auch noch heutigen!) Sicht jedenfalls nicht zeitnah zu lösen waren. Da die Schuldenmasse erst über Jahre andauernde Feststellungsprozesse zu bestimmen gewesen wäre, bestand ein praktisches Interesse daran, eine für alle Beteiligten einheitliche und vor allem verbindliche Regelung zu schaffen, mit der einerseits die Kategorisierung als Insolvenzgläubiger und andererseits die Höhe der Gläubigerforderungen festgelegt wird. In Krisen zwingen Sackgassen zur Neuorientierung. Vor diesem Hintergrund versteht sich, dass der Insolvenzverwalter „Neuland“ betrat und in Abstimmung mit Vertretern der wesentlichen Gläubigergruppen einen verfahrensbegleitenden Insolvenzplan als Instrument der *Teilabwicklung* des Insolvenzverfahrens vorlegte, mit dem u. a. ein verbindlicher Berechnungsmodus für die Insolvenzforderungen bestimmt werden sollte. Im Übrigen sollte das Insolvenzverfahren nach den Vorschriften des Regelverfahrens weiter abgewickelt werden.

Die verfahrensbegleitende Wirkung sah die InsO zu diesem Zeitpunkt (noch) nicht ausdrücklich vor, was der Gesetzgeber jedoch mittlerweile klarstellte und die Möglichkeit verfahrensbegleitender Insolvenzpläne in das Gesetz aufnahm.<sup>10</sup> Die Einzelheiten waren zu jener Zeit aber umstritten, weshalb der

---

Schmitt bestellt, Fachanwalt für Insolvenzrecht von der Schultze & Braun Rechtsanwaltsgesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH.

9 Dahl/Thomas GWR 2011, 179 (179).

10 BGBl. I 2011, 2582: Klarstellung im Wortlaut des § 217 InsO und Folgeänderung in § 258 Abs. 1 InsO.

BGH<sup>11</sup> zu entscheiden hatte und damit in Bezug auf den zulässigen Inhalt eines Insolvenzplans für Klarheit aber auch für Aufsehen gleichermaßen sorgte. Die Richter ließen die Frage der Zulässigkeit eines verfahrensbegleitenden Insolvenzplans letztendlich offen und begründeten die Unzulässigkeit des Plans damit, dass dieser nicht regeln dürfe, nach welchem Modus die Forderungen der Gläubiger zu bestimmen sind. Die Forderungen sind nach den Vorschriften des Regelverfahrens festzustellen, mit der Folge, dass die Gerichte mit dem Problemkreis – neben den diversen sonstigen insolvenzrechtlichen Fragen, die dieses Verfahren aufwarf – mehr als 9 Jahre befasst waren. Erst im April 2014 entschied der BGH<sup>12</sup>, wie die Forderung eines klagenden Anlegers zu berechnen sei. Nun mag eine lange Verfahrensdauer für Großverfahren nicht ungewöhnlich sein, jedoch ist sie es dann, wenn bereits frühzeitig ein erheblicher Geldbetrag hätte verteilt werden können, der aber aufgrund von außerhalb der Insolvenz liegenden rechtlichen Problemen dem Markt entzogen wird.

Die Entscheidungsgründe des BGH wurden von der Literatur und Praxis weitestgehend unkritisch übernommen, weshalb das Problem und Untersuchungen von Lösungsmöglichkeiten wohl auch deshalb konturenlos blieben, so dass eine tiefgründige Auseinandersetzung notwendig erscheint. Das Problem taucht zudem immer wieder in einem anderen Gewand auf, nämlich auch bei der Frage des Umgangs mit schwer bestimmbar Massenschäden in einem Insolvenzverfahren. Die rechtlichen Fragen sind keinesfalls nur akademischer Natur. Kann die Schuldenmasse für die Zwecke der Verteilung nicht bestimmt werden, liegen erhebliche Gelder auf Eis, und eine Sanierung von Unternehmen, die mit bekannten (oder gar unbekannten!) Forderungen konfrontiert werden, sind mangels bestimmbarer Schuldenmasse u. U. nicht sanierungsfähig. Daran anknüpfend werden Schuldner- und Gläubigerrechte in der Insolvenz gefährdet und Vermögen weitgehend entwertet. Gläubiger verlieren bspw. ihren Reinvestitions- und Zinsvorteil, weil Sie Erlöse aus der Insolvenz nicht neu investieren können. Längere Verfahrensdauern als auch die Arbeit mit und an der Insolvenztabelle bedingen höhere Verfahrenskosten, so dass zugleich die verteilungsfähige Masse aufgezehrt wird. Sanierungswürdige Unternehmen können im Einzelfall nicht gerettet werden. Arbeitsplätze gehen verloren.

Blicken wir zurück auf den Ausgangspunkt. Die Phoenix-Entscheidung mag verwundern, sollte den Gläubigern, die über einen Insolvenzplan zu entscheiden haben, doch mit dem vor etwa 16 Jahren eingeführten Planverfahren ein weitgehend flexibles Handlungsinstrument in die Hand gegeben werden, ihre Interessen eigenverantwortlich zu regeln und eine pragmatische und zugleich wirtschaftlich sinnvolle Abwicklung zu finden, zu beschließen

11 BGH NJW-RR 2009, 839.

12 BGH ZInsO 2014, 1051.

und letztendlich auch durchführen zu können. Doch auch nach Jahren der Praxiserfahrung mit der „neuen“ InsO ist der Insolvenzplan eine Ausnahmeerscheinung und führt weiterhin ein Schattendasein.<sup>13</sup> Sicher nicht zuletzt auch deshalb, da sich Rechtsfragen bei komplexen Plangestaltungen vermehrt auftun. Flexibilität bedarf Kreativität und Mut – insbesondere zu individueller Gestaltung – bedingt jedoch zugleich mehr Umsetzungsrisiken. So haftet seine schwere Handhabbarkeit dem Planverfahren insgesamt nach wie vor an.<sup>14</sup> Gesetzesnovellierungen, die alte Probleme lösen, aber stets auch Neue aufwerfen, tun ihr übriges. Zwar konnten in ausgewählten Großinsolvenzen Planverfahren durchaus erfolgreich durchgeführt werden, doch konnten diese nicht die Tiefen- und Breitenwirkung entfalten, die man ihnen wohl wünschenswerter Weise zugetraut hätte.<sup>15</sup> Die ganz allgemein geringe Zahl an Planverfahren führt weiterhin dazu, dass in der Praxis auch nur auf eine überschaubare Anzahl an Gerichtsentscheidungen zurückgegriffen werden kann. Damit wächst für Berater und Insolvenzverwalter das (Haftungs-)Risiko, bei der Regelung von „Spezialfragen“ die Bestätigung des Insolvenzplans zu gefährden und zum Nachteil der Gläubiger viel Zeit und Geld zu investieren. Auf der anderen Seite dürfte für Insolvenzrichter der sichere Umgang mit dieser Spezialmaterie der Beweis für eine qualitativ hochwertige Arbeit eines Insolvenzverwalters und seiner Kanzlei darstellen.

Die praktische Bedeutung des Insolvenzplans bleibt insgesamt noch hinter dem theoretischen Gestaltungsfacettenreichtum zurück und wie auch auf dem Gebiet der Bewältigung von Massenschäden haben wir gerade erst begonnen, die Möglichkeiten zu entdecken, die das Insolvenzrecht auf diesem Gebiet offeriert.<sup>16</sup> Inwieweit in diesem Zusammenhang auch verfahrensbegleitende Pläne Hilfe leisten können, wurde bislang in der Wissenschaft und Praxis noch nicht hinreichend thematisiert. Zwar konnte das Planverfahren allgemein bereits über diverse Reformen effektiver gestaltet werden, jedoch muss das Insolvenzrecht nach wie vor im Einzelfall korrigiert und weiterentwickelt werden, und sich mit bislang unbekannten Fallkonstellationen der Praxis auseinandersetzen, die der Gesetzgeber so nicht sehen konnte.

---

13 Institut für Mittelstandsforschung, Bonn, IfM-Materialien Nr. 186, „Die Quoten der Insolvenzgläubiger in Regel- und Insolvenzplanverfahren“ vorgelegt von Peter Kranzusch unter Mitarbeit von Annette Icks im Juni 2009, Seite 22; abgerufen unter <http://www.ifm-bonn.org> am 19.12.2014. Von den 15.140 Regelverfahren der Eröffnungsjahrgänge 2002 bis 2007 in NRW wurden nur 211 nach Bestätigung eines Insolvenzplans aufgehoben, entspricht etwa 1,4 % der ausgewerteten Verfahren.

14 Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, Seite V, Vorwort.

15 Rostocker Schrift zum Bankrecht, 2013, Bornemann, S. 12.

16 Madaus ZIP 2014, 160 (163).



Zwar ist die Phoenix-Entscheidung des BGH nahezu unbestritten, aber in welchem Umfang Alternativen bestehen könnten, im Grunde genommen ungeklärt und wurde nicht zur Diskussion gestellt, weshalb neben einer kritischen Betrachtung und Würdigung der Entscheidungsgründe darüber hinaus ein Beitrag zu der Frage geleistet werden soll, ob unter Berücksichtigung der – so viel sei vorweggenommen – im Ergebnis zuzustimmenden Rechtsprechung des BGH mithilfe eines Insolvenzplans jedenfalls Verteilungsmechanismen für alle Beteiligten bindend festgelegt werden können. Das praktische Bedürfnis an solch verbindlichen Planverteilungsregeln, veranschaulicht am Beispiel Phoenix, und die stiefmütterliche Diskussion über Gestaltungsalternativen im Planverfahren erscheinen als ausreichende Rechtfertigung für diese Arbeit.

## B. Gang der Untersuchung; Ziele der Arbeit

Im *ersten Kapitel* dieser Arbeit erläutere ich die der Arbeit zu Grunde liegenden insolvenzrechtlichen Konflikte am praktischen Fall der Phoenix Insolvenz. Nach ersten Informationen über das Geschäftsmodell und Ursachen der Insolvenz stelle ich die Unsicherheiten bei der Bestimmung der Ansprüche der mehr als 30.000 Anleger dar.

Mit dem *zweiten Kapitel* möchte ich das Bewusstsein für das Problem schärfen, das entsteht, wenn die Schuldenmasse in einem Insolvenzverfahren nicht in überschaubarer Zeit bestimmt werden kann, wobei zunächst einführende Worte zu den Gläubigerrechten im Insolvenzverfahren den Wert und die Bedeutung der Forderung im Insolvenzverfahren veranschaulichen sollen. Es wird sich zeigen, dass neben den Problemen bei der Tabellenführung und der Ermittlung von Stimmrechten auch die Voraussetzungen für eine Ausschüttung der Insolvenzmasse im Regelverfahren jedenfalls nicht kurzfristig geschaffen werden können. Die Befugnisse der Gläubigerversammlung sind begrenzt, wie auch die Einflussmöglichkeiten des Gerichts oder des Insolvenzverwalters bspw. auf das Anmelde- und Feststellungsverfahren. Eine Abschlagsverteilung mit der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit der Bildung von Rückstellungen ist nicht zielführend, auch weil Gläubiger mangels gesicherter Informationen ihre Handlungsoptionen nicht ausloten können. Darüber hinaus bestehen Haftungsrisiken für den „vorschnell“ verteilenden Insolvenzverwalter. Das Kapitel endet in einem Problemexkurs, in dem deutlich gemacht wird, dass Verteilungsprobleme bedingt durch eine unbestimmte Schuldenmasse nicht nur in Liquidationsszenarien auftauchen, sondern im Einzelfall auch eine Sanierung erschweren. Schwerpunkt des *dritten Kapitels* ist ein Blick über den insolvenzrechtlichen Tellerrand hinaus, um Ideen und Ansätze, insbesondere aus dem

Musterverfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz zu finden und es auf seine insolvenzrechtliche Tauglichkeit hin zu überprüfen.

Dem *vierten Kapitel* widme ich den Zielen und dem Regelungsgehalt des in 2005 vorgelegten Phoenix Insolvenzplans, den der Insolvenzverwalter in Abstimmung mit dem Gläubigerausschuss erarbeitete, und versuche, das Planmodell den bereits bekannten Plantypen zuzuordnen. Die Bestätigung des Insolvenzplans wurde – wie bereits angedeutet – aufgehoben. Für die Suche nach zulässigen Planinhalten und Gestaltungsmöglichkeiten sind daher die Entscheidungsgründe der Rechtsprechung zu analysieren.

Dies zum Anlass nehmend beleuchte und beurteile ich die bislang weitestgehend unkritisch dargestellte Rechtsprechung zur Planfestigkeit der §§ 174 ff. InsO und widme der Diskussion das *fünfte Kapitel*. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Suche nach einer Spezialvorschrift und die Frage, ob die Existenz des § 224 InsO insbesondere mit Blick auf den Anwendungsbereich und den Sinn und Zweck unzureichend gewürdigt wurde, also nicht nur ein Schuldenschnitt oder eine Zielverschuldung vereinbart, sondern unmittelbar gerade auch die Vorschriften über das Anmelde- und Feststellungsverfahren modifiziert werden können. Die Antwort lautet nein. Das Kapitel mündet in einer umfassenden Auslegung des § 217 InsO als streitentscheidende Norm und die Diskussion endet mit der im Ergebnis die Rechtsprechung bestätigenden Feststellung, dass die Vorschrift als Schlüsselbrett und Tür zur Privatautonomie einen Zugriff auf die §§ 174 ff. InsO nicht ermöglicht.

Sind mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH nun auch alternative Plan-gestaltungen unzulässig? Die Antwort lautet erneut nein. Doch bevor ich mich im letzten Kapitel auf die Suche nach zulässigen Planinhalten begeben, stelle ich im vorletzten *sechsten Kapitel* dar, wie die Gläubiger bestrittener Forderungen im Abstimmungsverfahren beteiligt werden können, um nicht nur die Gläubigerautonomie bei massenhaft streitigen Forderungen praxistauglich zu sichern, sondern insbesondere auch eine hinreichende Legitimationsgrundlage für eine Planregelung zu schaffen. Dabei wird die bereits in der InsO vorgesehene Möglichkeit, das Stimmrecht bestrittener Forderungen gerichtlich feststellen zu lassen, auf das zu Grunde liegende Problem ausgerichtet und konkretisiert.

Im *siebten und damit letzten Kapitel* beginnt die Suche nach alternativen – jeweils nur im Sinne von Vermögensverteilungen ermöglichenden – Plan-gestaltungen. Ich erläutere insgesamt zwei Planvorschläge und stelle mit der ersten Lösung fest, dass das Gestaltungspotenzial von (verfahrensbegleitenden) Insolvenzplänen jedenfalls eine mittelbare Problemlösung möglich macht, im Kern die Schuldenmasse aber unbestimmt lässt. Eine zweite Planverteilungslösung konnte schließlich in einem Gestaltungsvorschlag gefunden werden, der die „Zielverschuldung“ bestimmt und zwar mit Hilfe einer Schätzung. Hiermit

korrespondiert eine modifizierte Verteilungsregel mit der die quotenberechtigten Forderungen bestimmt werden. Dabei wird ein Blick auf das amerikanische Sanierungsrecht helfen, wo einzelne Forderungen oder Forderungsgruppen auf Antrag durch das Insolvenzgericht geschätzt werden können (11 U.S.C. § 502 (c)). Die Idee der Schätzung übertrage ich auf das deutsche Planverfahren und stelle fest, dass eine Verteilung auf eine geschätzte Passivmasse auch im deutschen Insolvenzrecht, auch wenn die einzelnen Forderungen bestritten sind, zulässig ist. Die Vorgaben der Rechtsprechung in Bezug auf zwingendes Verfahrensrecht und zu gewährleistenden Rechtsschutz bleiben gewahrt. Durch eine Kombination weiterer Regelungen, insbesondere dem Zugriff auf Insolvenzforderungen über § 224 InsO, wäre selbst eine Sanierung bei einer unbestimmten Passivmasse möglich.

Diese Arbeit erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit in Bezug auf die Dogmatik, der Rechtsnatur und Gestaltungsmöglichkeiten von Insolvenzplänen, soll aber neue Denkanstöße geben, die auf der bisherigen Anwendung von Insolvenzplänen aufbauen. Darüber hinaus soll die Arbeit dazu beitragen, eine weitergehende wissenschaftliche Diskussion über das Potenzial, die Gestaltungsmöglichkeiten, das Facettenreichtum und Chancen (verfahrensbegleitender) Insolvenzpläne anzuregen, die derzeit nur am Rande und allenfalls einzelfallbezogen stattfindet.

# Kapitel 1: Die Rechtsprobleme am praktischen Fall

## A. Der Fall Phoenix: Geschäftsmodell und Ursachen der Insolvenz

Der Insolvenzfall Phoenix stellt u. a.<sup>17</sup> einen der größten Fälle von Kapitalanlagebetrug dar.<sup>18</sup> Das Verfahren machte nicht zuletzt auch deshalb Schlagzeilen, weil erhebliche Vermögenswerte sichergestellt werden konnten, was bei Kriminalinsolvenzen eher die Ausnahme darstellt. Die Schuldnerin war ein Wertpapierhandelsunternehmen. Seit 1976 vermittelte sie Options- und Termingeschäfte an verschiedenen Waren- und Devisenmärkten im sogenannten grauen Kapitalmarkt. Der Gesetzgeber beschreibt den grauen Kapitalmarkt als einen nicht bzw. nicht spezialgesetzlich geregelten Teil des Kapitalmarktrechts.<sup>19</sup> 1992 erweiterte die Schuldnerin ihr Geschäftsfeld in jenem Graubereich und bot Beteiligungen an einem von ihr selbst verwalteten Kapitalanlagepool an, dem so genannten „Phoenix Managed Account“ (PMA). Dabei handelte es sich um eine Kollektivanlage, an der sich die Anleger gemeinschaftlich beteiligen konnten. Das Geschäftsmodell war klar auf ein Massengeschäft ausgerichtet. Die Wertpapiergeschäfte wurden über verschiedene Brokerhäuser<sup>20</sup> ausgeführt, bei denen Gemeinschaftstreuhandkonten eröffnet wurden, so genannte Sammelkonten oder Omnibuskonten<sup>21</sup>. Wer sich am PMA beteiligen wollte, zahlte den zuvor vereinbarten Anlagebetrag auf diese Einzahlungskonten. Das Treuhandmodell sah vor, dass nicht jedem Anleger ein eigenes Konto zugewiesen wurde. Nur das eigene Vermögen der Schuldnerin sollte auf sogenannten Nostro-Konten<sup>22</sup> bei Korrespondenzbanken verwahrt werden. Die zu jener Zeit gesetzlich vorgeschriebene Vermögenstrennung von Kundengeldern wurde nicht eingehalten. Darüber hinaus nahm die Schuldnerin Querüberweisungen vor, so dass auch eigene Gelder mit Geldern der Anlegergemeinschaft vermischt wurden. Hiervon hatten die Anleger keine Kenntnis.

Das Ziel der gutgläubigen Anleger, die der scheinbaren Legalität und Kompetenz vertrauten, war es, mit ihrem investierten Kapital am Handelserfolg der betriebenen Derivategeschäfte teilzunehmen. Die Schuldnerin führte die Geschäfte im eigenen Namen und auf Rechnung der Anlegerge-

---

17 Bspw. die Insolvenz der „Göttinger Gruppe“ (Securenta Göttinger Immobilienanlagen u. Vermögensmanagement Aktiengesellschaft, AG Göttingen (74 IN 222/07)).

18 Dahl/Thomas GWR 2011, 179 (179).

19 BT-Drs. 15/3174, 27.

20 Brokerhäuser sind spezielle Finanzdienstleister, die sich auf den Handel mit Wertpapieren spezialisiert haben und zwischen Anlegern und der Börse vermitteln.

21 Dahl/Thomas GWR 2011, 179 (179).

22 Die Bezeichnung kommt aus dem Italienischen: nostro = unser.

meinschaft durch. Gegenstand des Vertrages war somit die Chance, an den fremden Wertpapiergeschäften zu partizipieren und Gewinne zu erzielen. Das Gemeinschaftstreuhandmodell bedeutete dabei, dass sämtliche Einlagen der Anleger zur Erhöhung der Gewinnchancen „gepoolt“, also zusammengelegt und gemeinschaftlich verwaltet werden. Alle Anleger sollten im Verhältnis zur jeweils erbrachten Einlage gleichermaßen am Gewinn und Verlust der verwalteten Vermögensmassen partizipieren. Um diese Chance sind die Anleger jedoch gebracht worden, weil die versprochenen Geschäfte (jedenfalls in den letzten Jahren vor der Insolvenz) überwiegend gar nicht erst getätigt worden sind, nachdem ein Großteil der Kundengelder durch die Termingeschäfte verloren ging. Nach Auskunft des Insolvenzverwalters erlitt die Schuldnerin allein in den Anfangsjahren einen realen Handelsverlust von knapp 55 Mio. EUR, den sie jedoch verschwieg.<sup>23</sup>

Die Chance auf eine höhere Rendite ist mit einem erhöhten Verlustrisiko verbunden. Doch die Anleger hatten keine Kenntnis davon, dass bereits erhebliche Verluste eingetreten sind. Denn die Schuldnerin verschleierte nicht nur die negativen Marktwerte und die erwirtschafteten Verluste, sondern baute eine Scheinwelt auf und kommunizierte einen tatsächlich nicht vorhandenen positiven Handelsverlauf. Die an die Kunden übermittelten Konto- und Depotauszüge wiesen also nicht nur keine Verluste aus, sondern nicht erwirtschaftete Gewinne. Nebeneffekt oder eventuell auch das Ziel dieser ausgewiesenen Gewinne war es, die vertraglich vereinbarten Provisionen für die Verwaltung des angelegten Geldes zu manipulieren. Diese wurden anhand der fiktiven Gewinne berechnet und so verbrauchte die Schuldnerin Stück für Stück die investierten Kundengelder, ohne dazu berechtigt gewesen zu sein. Durch den vorgetäuschten Anlageerfolg und um das Betrugsmodell nicht kollabieren zu lassen gewann die Schuldnerin stets neue Anleger dazu, weitere Gelder zu investieren. Tatsächlich wurde seit 1997 nur noch ein geringer Teil der Kundengelder vertragsgemäß in Termingeschäften angelegt. Im Wesentlichen verwandte die Schuldnerin die investierten Gelder dazu, Scheingewinne an schon vorhandene Anleger auszuzahlen sowie die eigenen Geschäftskosten zu decken.<sup>24</sup> Die Anleger konnten das betrügerische System, das Elemente eines Schneeballsystems oder allgemein eines Pyramidenbetrugs aufwies, nicht erkennen.

Doch auch das dem PMA zu Grunde liegende Treuhandmodell, wäre es ordnungsgemäß umgesetzt worden, entsprach zu jener Zeit nicht den gesetzlichen Anforderungen, da die Kundengelder nicht für jeden Kunden getrennt, sondern miteinander vermischt und für verschiedene Kunden gemeinsam auf einem (Gemeinschaftstreuhand-)Konto verwahrt wurden. Die Verwahrung

<sup>23</sup> So die Angabe im vorgelegten Insolvenzplan.

<sup>24</sup> OLG Frankfurt ZIP 2010, 437.

von Kundengeldern hätte für Wertpapierdienstleistungsunternehmen ohne Vollbankstatus getrennt von anderen Kundengeldern erfolgen müssen (§ 34a Abs. 1 S. 1 WpHG in der Fassung vom 22.4.2002). Das PMA genügte dem Gebot der Trennung der Kundengelder nicht, da die Schuldnerin kein Einlagenkreditinstitut war.<sup>25</sup> Damit waren die Anleger den Gefahren ausgesetzt, denen das Gebot der Trennung der Kundengelder gerade begeben soll.<sup>26</sup>

Nachdem Phoenix als Wertpapierhandelsbank eingestuft und so der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unterstellt wurde, untersagte die Behörde Anfang 2005 nach einem Kontenabgleich im Rahmen einer Buchprüfung den weiteren Geschäftsbetrieb (§ 46 Abs. 1 KWG), stellte einen Insolvenzantrag<sup>27</sup> (§ 46b Abs. 1 KWG) und zugleich den Entschädigungsfall fest (§ 5 Abs. 1 EAEG). Das Insolvenzverfahren wurde kurz darauf am 1.7.2005 eröffnet.

Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestanden erhebliche (streitbefangene) Gläubigerforderungen, deren tatsächliche Höhe zunächst nur geschätzt werden konnte. Der Insolvenzverwalter bezifferte das realwirtschaftliche Volumen der 930 Mio. EUR angemeldeten Forderungen zwischen 511 Mio. EUR und 674 Mio. EUR.<sup>28</sup> Die Kontoguthaben bei Banken und Sparkassen im In- und Ausland, die bei ordnungsgemäßer Geschäftsführung den Gläubigerforderungen zu entsprechen hätte, betrugen demgegenüber nur etwa 228 Mio. EUR.<sup>29</sup> Damit konnten nur etwa 25–45 % der Forderungen erfüllt werden, während die Anleger bis dato gar von Handelserfolgen ausgingen.

Eine Sanierung des schuldnerischen Unternehmens war aufgrund der kriminellen Hintergründe undenkbar. Es verblieb allein die ordnungsgemäße Liquidation des Vermögens im Rahmen eines geordneten Insolvenzverfahrens.

---

25 BVerwGE 116, 198, BVerwG ZIP 2002, 1569.

26 Mittlerweile wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission vom 16.7.2007 (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz, BGBl I 2007, 1330) die Möglichkeit geschaffen, in Bezug auf die Trennung der Kundengelder gemäß § 34a Abs. 1 S. 2 WpHG eine andere Weisung zu erteilen, soweit der Kunde im Vorhinein hinreichend über den Schutzzweck, der mit der Trennung der Kundengelder verfolgt wird, aufgeklärt wurde. Unter diesen Voraussetzungen sind Sammelkonten zulässig – zu jener Zeit nicht.

27 Für Unternehmen, die unter das KWG fallen, ist in bestimmten Fällen ein ausschließliches Antragsrecht der BaFin vorgesehen. So können Maßnahmen zur Abwendung der Insolvenz eingeleitet bzw. Möglichkeiten einer Sanierung geprüft werden, um so bestenfalls den volkswirtschaftlichen Schaden reduzieren zu können.

28 Angaben des Insolvenzverwalters im Verfahren Phoenix (abhängig von der Berechnungsmethode der Option A, B oder C, Insolvenzplan S. 15); 930 Mio. EUR bei Baumert/Schmitt NZI 2012, 394 (396).

29 BGHZ 188, 317 = NJW-RR 2011, 779; anders BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437, der die Guthaben auf 236 Mio. EUR beziffert.

rens unter dem bestmöglichen Schutz der einzelnen Vermögensinteressen der Insolvenzgläubiger. Die Gläubiger mussten sich aber mit der Tatsache abfinden, einen erheblichen Teil ihres investierten Geldes verloren zu haben und sahen sich nun mit den Besonderheiten eines Insolvenzverfahrens konfrontiert, nämlich am Insolvenzverfahren teilnehmen und insbesondere das Anmelde- und Feststellungsverfahren durchlaufen zu müssen, um an Vermögensverteilungen partizipieren zu können.

### **B. Konflikte**

Die Anleger, sofern bzw. weil sie Insolvenzgläubiger waren, konnten ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). Der Grundstein der hier diskutierten Probleme war gelegt.

#### **I. Zusammenspiel von Insolvenzrecht und Zwangsvollstreckungsrecht**

Das heutige Insolvenzrecht hat zwar auch eine Sanierungsaufgabe, ist und bleibt aber im Kern Haftungsrecht.<sup>30</sup> Das Insolvenzverfahren dient deshalb insbesondere dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 S. 1 InsO). Dazu wird das Vermögen zu einem bestimmten Stichtag haftungsrechtlich der Gesamtheit der Gläubiger zugewiesen (§ 38 InsO). Um die Vermögensverhältnisse des Unternehmens oder der natürlichen Person geordnet abwickeln zu können, bedarf es eines vernünftigen Rechtsgüterschutzes. Dieser Schutz bedingt wiederum, dass das einzelne Gläubigerrecht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingeschränkt wird. Gläubiger, die mit einer Insolvenz eines ihrer Schuldner konfrontiert werden, können sich deshalb nicht selten der mehr oder weniger richtigen Erkenntnis verschließen, nur wenig Einfluss auf das Verfahren nehmen zu können.

#### **1. Insolvenzrecht als besondere Form der Zwangsvollstreckung**

Will man diese Erkenntnis, insbesondere die Reichweite des Zwangs für Gläubiger verstehen, bietet sich ein kurzer Exkurs auf die nahezu schrankenlose Haftungsverwirklichung außerhalb eines Insolvenzverfahrens an. Erfüllt ein Schuldner die ihm obliegende Leistungspflicht (die Schuld) nicht, kann der Gläubiger die Durchsetzung der Forderung durch Klage und daran anschlie-

---

<sup>30</sup> BT-Drs. 12/2443, 83.



ßender Zwangsvollstreckung erzwingen – der Schuldner schuldet und haftet.<sup>31</sup> Da dem Gläubiger (von wenigen Ausnahmen abgesehen) im Interesse des Rechtsfriedens die Selbsthilfe verboten ist, und dem Staat das Zwangsmonopol zusteht, ist die Zwangsvollstreckung ein geordnetes staatliches Verfahren zur zwangsweisen Durchsetzung oder Sicherung von privatrechtlichen Leistungsansprüchen des Gläubigers gegen den Schuldner.<sup>32</sup>

Ausgehend hiervon bestehen zwischen dem Insolvenz- und dem Vollstreckungsverfahren auf rechtstheoretischer Ebene Gemeinsamkeiten. Das Insolvenzverfahren ist gleichfalls kein Erkenntnisverfahren, sondern trotz des Vollstreckungsverbots der einzelnen Gläubiger (§ 89 InsO) jedenfalls seinem Wesen nach Vollstreckung (im Einzelnen umstritten<sup>33</sup>) mit dem Ziel der Gläubigerbefriedigung.<sup>34</sup> Doch auch auf der rechtspraktischen Ebene gibt es Überschneidungen. Ungeachtet der Feinheiten ist es jeweils dem Gläubiger überlassen, die Initiative zur Durchsetzung seines Rechts zu ergreifen (Dispositionsmaxime), indem der Gläubiger – nachdem er die Voraussetzungen der Vollstreckung (Titel, Klausel und Zustellung) geschaffen hat – vollstreckt oder im Falle der Insolvenz das Anmelde- und Feststellungsverfahren durchläuft<sup>35</sup>, um insbesondere an Verteilungen partizipieren zu können. Es geht hier wie dort im Kern jeweils um die Haftung des Schuldners und nicht um die zu Grunde liegende Schuld (Forderung) des Einzelnen. Die Schuld war außerhalb der Insolvenz Gegenstand eines vorgeschalteten Erkenntnisverfahrens, über die im Insolvenzverfahren, soweit die Schuld streitig ist, im ordentlichen Verfahren entschieden werden kann (§ 179 Abs. 1 InsO), wobei besondere Zuständigkeiten zu berücksichtigen sind (§ 185 InsO).<sup>36</sup>

31 Palandt/*Grüneberg* Einl. v. § 241 Rn. 10; eine Ausnahme hiervon bilden unvollkommene Verbindlichkeiten wie bspw. die verjährte Forderung, Forderungen aus Spiel und Wette sowie vertraglich vereinbarte unvollkommene Forderungen. Darüber hinaus wird eine Forderung auch durch Anordnung der Restschuldbefreiung unvollkommen.

32 Brox/Walker, ZVR, 2008, S. 1, Rn. 1; Nerlich/Römermann-InsO/*Becker* § 1 Rn. 3.

33 Uhlenbruck-InsO/*Pape* § 1 Rn. 2, auch wenn § 4 InsO die Vorschriften der ZPO für entsprechend anwendbar erklärt; Jauernig/Berger, *Insolvenzrecht*, 2010, Seite 146, Rn. 3; Becker, *Insolvenzrecht*, 2010, S. 4, Rn. 10, danach liegt der Schwerpunkt des Verfahrens in der Vollstreckung und die Rechtserkenntnis ist kaum merklich ausgebildet; nur sehr entfernt bei der Forderungsprüfung in der unter der Leitung des Gerichts stehenden Gläubigerversammlung; Kölner Schrift, 2009, *Eckardt*, S. 534, Rn. 1: Insolvenzverfahren hat in erster Linie exekutorische Funktion.

34 Brox/Walker, ZVR, 2008, S. 4, Rn. 6.

35 Jauernig/Berger, *Insolvenzrecht*, 2010, Seite 238, Rn. 5.

36 Die Klage richtet sich jedoch nur auf Feststellung der Forderung zur Tabelle, nicht auf die Feststellung der Forderung schlechthin, denn es geht nur um die Beseitigung des Streits über das ungewisse Recht, nicht um die Beschaffung eines Titels gemäß § 704 ZPO; siehe LSZ-InsO/*Smid* § 179 Rn. 2 sowie 10.



## 2. Unterschiede zum Zwangsvollstreckungsrecht

Wesentlicher sind jedoch die Unterschiede in Bezug auf die Gläubigerrechte wie sie mit Eröffnung und durch die Beendigung des Insolvenzverfahrens beeinflusst werden. Die Einzelzwangsvollstreckung ist geprägt vom Prioritätsprinzip<sup>37</sup>, getreu dem Motto folgend: „*der frühe Vogel fängt den Wurm*“. Deshalb entsteht ein Wettlauf der Gläubiger, der wiederum eine Konkurrenzsituation unter allen Gläubigern begründet. Doch bricht einmal das System eigenverantwortlicher Schuldenregulierung zusammen, ist ein besonderer Rechtsrahmen erforderlich, um alle – aber immer noch individuellen – Rechte gleichermaßen im Sinne von gleichmäßig berücksichtigen und durchsetzen zu können. Das Insolvenzverfahren beendet deshalb zunächst den Wettlauf der Gläubiger<sup>38</sup> und setzt das Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung aus. Neben dem Gläubigerwettlauf wird im Grundsatz so auch das marktübliche Konkurrenzverhalten der Gläubiger untereinander beendet.<sup>39</sup> Doch all dies geschieht nicht von Amts wegen, sondern nur auf Initiative eines Gläubigers oder des Schuldners selbst. Den zuvor notwendigen Schritt bildet der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 13 Abs. 1 InsO). Das Insolvenzverfahren schränkt so die ohnehin bereits durch das Verbot der Selbsthilfe eingeschränkten Individualrechte weiter ein. Auf Schnelligkeit kommt es nicht mehr an, weshalb insbesondere „schwächere“ Gläubiger geschützt werden.

Zwar schützt und begrenzt das Verfahrensrecht die Gläubigerrechte, bewahrt demgegenüber aber auch den Schuldner vor weiteren Vollstreckungsmaßnahmen, und setzt dafür seine Privatautonomie zum Teil außer Kraft und verlagert sie auf den Insolvenzverwalter. Denn um die Ziele des Insolvenzverfahrens erreichen zu können, müssen sowohl Zwangszugriffe einzelner Gläubiger wie auch Entscheidungen des Schuldners (bspw. die Befriedigung von einzelnen Insolvenzforderungen oder die Verwertung von Vermögensgegenständen) unterbunden werden, sofern es die vom Insolvenzbeschluss betroffene Masse tangiert. Deshalb geht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 Abs. 1 InsO). Diese doch erheblichen Einschränkungen erfolgen im Interesse der Beteiligten vor Fehlentscheidungen des Schuldners wie auch zum Schutz des Schuldners vor willkürlichen Übergriffen.

Als Ausgleich für den Verlust an Rechtsmacht können die Gläubiger am Verfahren teilnehmen. Die Eintrittskarte zum Insolvenzverfahren für Insol-

37 § 804 Abs. 2–3 ZPO normiert für das Pfändungspfandrecht den Prioritätsgrundsatz. Er gilt für das komplette Zwangsvollstreckungsrecht.

38 Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 9, Rn. 24.

39 Sinngemäß Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 8, Rn. 23 und 24; Uhlenbruck-InsO/Pape § 1 Rn. 2, wonach der „Krieg aller gegen alle“ beendet wird.

venzgläubiger ist die vom Ausfall gefährdete Gläubigerforderung.<sup>40</sup> Dieser persönliche Anspruch gegen den haftenden Schuldner wird bis zum Verfahrensabschluss eingefroren (§ 87 InsO), wobei das Forderungsrecht des Gläubigers zugleich in verschiedener Hinsicht modifiziert und als Insolvenzgläubigerrecht zugleich einen insolvenzspezifischen Inhalt erlangt.<sup>41</sup>

Dennoch findet keine „Vergemeinschaftung“ der Ansprüche statt, denn es bleiben individuelle Ansprüche und ein Recht der einzelnen Gläubiger, sie überhaupt geltend zu machen. Entscheiden sich die Gläubiger dafür, können Sie ihre Forderungen jedoch nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO), so dass die Forderung nach den §§ 174 ff. InsO geltend zu machen ist.<sup>42</sup> § 87 InsO sichert damit die Gleichstellung aller Insolvenzgläubiger, bindet aber selbst auch den Insolvenzverwalter. Denn nach Verfahrenseröffnung ist es weder einem Insolvenzgläubiger möglich, seine Forderung gerichtlich durchzusetzen, noch ist der Insolvenzverwalter berechtigt, einen unterbrochenen Rechtsstreit aufzunehmen, wenn der Gegenstand des Verfahrens eine Insolvenzforderung ist.<sup>43</sup> Es stellt daher ein insolvenzrechtliches *Dogma* dar, dass die Anmeldung zur Insolvenztabelle für alle Insolvenzgläubiger die einzige Möglichkeit eröffnet, ihre persönlichen Vermögensansprüche gegen den Schuldner im Regelverfahren aktiv geltend zu machen. Deshalb erschöpft sich das Gläubigerrecht (vom Antragsrecht abgesehen) zunächst darin, die jeweilige Forderung zur Insolvenztabelle anzumelden. Und nur wenige Gläubiger bleiben interessiert „am Ball“ und informieren sich fortlaufend.<sup>44</sup> In der Regel warten sie anschließend rat- und tatlos die Verteilung ab.

Das können sie, weil im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung die Teilnahme am Insolvenzverfahren wie auch die Befriedigung durch Verteilung der verwerteten Masse keine titulierte Forderung voraussetzt. Mehr noch, die Gläubiger werden mit Verfahrenseröffnung gehindert, die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung (Titel, Klausel und Zustellung) eigenverantwortlich überhaupt erst oder noch zu schaffen, weil das Insolvenzverfahren selbst kein Erkenntnisverfahren ist und auch nicht so ausgestaltet ist. Unter diesem Blickwinkel ist es in einem Insolvenzverfahren nicht erforderlich, dass die geltend

---

40 So sind absonderungsberechtigte Gläubiger zwar ebenfalls antragsberechtigt. Ihr Antrag ist allerdings zurückzuweisen, wenn es an dem notwendigen Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens fehlt, weil das Sicherungsgut volle Befriedigung garantiert; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 13 Rn. 22.

41 Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 535, Rn. 2; siehe dazu weiter unten Kapitel 2 (A. II.).

42 BGHZ 179, 304 = NJW 2009, 1747.

43 BAG ZInsO 2013, 1475.

44 Pape ZIP 1990, 1251 (1251); die Beteiligung an Gläubigerversammlungen ist von Anfang an schwach und nimmt nach der ersten Gläubigerversammlung noch einmal weiter ab.

gemachte Forderung bereits titulierte ist, da der Sinn und Zweck der Einzelzwangsvollstreckung, nämlich die Haftungsverwirklichung, innerhalb einer Insolvenz alternativ über eine gemeinschaftliche und gleichmäßige Weise verwirklicht werden soll. Denn auch eine Forderung, die noch nicht in einem rechtsstaatlichen Erkenntnisprozess festgestellt wurde, lässt den Gläubiger an Verteilungen partizipieren, sofern die Forderung nach den insolvenzrechtlichen Vorschriften angemeldet und soweit ihr nicht durch den Insolvenzverwalter oder Gläubiger widersprochen wurde. Denn dann – und darauf kommt es an – wird die Forderung von den Beteiligten des Verfahrens *gebilligt und außer Streit gestellt*. Diese Erkenntnis, dass also auch eine nicht gerichtlich festgestellte Forderung im Insolvenzverfahren an Verteilungen partizipieren kann, soweit sich nur die Beteiligten einig sind, wird später noch von Bedeutung sein. Denn ohne (bzw. bis zum) Widerspruch ist die Forderungsanmeldung der Prima-facie-Beweis für das Bestehen des Forderungsrechts in der geltend gemachten Höhe.<sup>45</sup> Demgegenüber berechtigt selbst eine titulierte Forderung ohne formale Anmeldung nicht automatisch zur Teilnahme an Verteilungen. Damit wird erneut das Prinzip der Dispositionsmaxime und der Haftungsverwirklichung deutlich.

Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass der Auszug aus der Insolvenztabelle den Insolvenzgläubigern einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel verschafft, sofern die Forderung festgestellt, nicht bestritten oder ein Widerspruch (hier auch des Schuldners) beseitigt wurde. Dieser Vorteil entspringt dem summarischen Charakter des Insolvenzverfahrens als Vollstreckungsverfahren.<sup>46</sup> Dabei gehört das Insolvenzverfahren als gerichtliches Verfahren zu den Kernbereichen echter Rechtsprechung.<sup>47</sup> Jedoch wird man wohl sagen müssen, dass das Insolvenzverfahren ein Verfahren mit wenigen Elementen eines Erkenntnisverfahrens (Forderungsprüfung i. w. S.) ist, mehr Verbindungen zum Recht der Vollstreckung aufweist (insbesondere Haftungsverwirklichung)<sup>48</sup> aber auch eine rechtsfürsorgende Bedeutung hat.<sup>49</sup> Ungeachtet der exakten Einordnung ist das Insolvenzverfahren jedenfalls ein gerichtliches Verfahren, ersetzt jedoch keinen streitigen Gerichtsprozess, weshalb das Insolvenzgericht aufgrund des Makels im Erkenntnisprozess Forderungstitel nur ausstellen kann, wenn die Rechte zwischen den Beteiligten unstrittig sind. Besteht zwischen den Beteiligten Streit über die Berechtigung der Insolvenzforderung, verweist § 180 Abs. 1 S. 1 InsO auf den ordentlichen Rechtsweg,

45 So entsprechend auch im amerikanischen Recht; siehe Fed. Rule Bankr. P. 3001(f).

46 Uhlenbruck-InsO/Sinz § 178 Rn. 1.

47 Keller, Insolvenzrecht, 2006, Rn. 54.

48 Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 80, Rn. 250 f.

49 Keller, Insolvenzrecht, 2006, Rn. 54; Uhlenbruck-InsO/Pape § 1 Rn. 2, wonach das Verfahren einen weitgehend rechtsfürsorgerischen Charakter hat.

wobei besondere Zuständigkeiten erhalten bleiben (§ 185 InsO). Der dem Insolvenzverfahren innewohnende Mangel an Erkenntnis zum rechtlichen Bestand angemeldeter Forderung wird dann durch Auslagerung des Streits in ein gewöhnliches Erkenntnisverfahren ausgeglichen.<sup>50</sup> Das geordnete staatliche Verfahren sowie der verfassungsrechtlich statuierte Grundrechtsschutz werden gewährleistet.

Dennoch; unter der Geltung der Dispositionsmaxime bleibt es ein verzichtbares Recht und eine individuelle Entscheidung des jeweiligen Gläubigers, überhaupt am Verfahren teilzunehmen.<sup>51</sup> § 87 InsO postuliert nur die Vorgaben „wie“ eine Forderung geltend gemacht werden muss, wenn der Gläubiger sie verfolgen will, nicht aber hinsichtlich des „ob“. Ein Insolvenzgläubiger muss also nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen. So scheuen einige Gläubiger die Teilnahme am Verfahren, weil bspw. aus deren mehr oder weniger richtigen Sicht oder nach den ersten Berichten des Insolvenzverwalters kein verwertbares Vermögen vorhanden ist. Weitere Gründe können vielfältig sein. In keinem Fall verliert der Gläubiger seine formale Stellung als Insolvenzgläubiger, indem er auf seine verfahrensrechtlichen Befugnisse verzichtet. Er unterliegt deshalb denselben Beschränkungen, die allen teilnehmenden Insolvenzgläubigern durch die insolvenzrechtlichen Vorschriften auferlegt werden.<sup>52</sup> Ein Insolvenzgläubiger kann sich deshalb den verfahrensrechtlichen Wirkungen, wie dem Vollstreckungsverbot nach § 89 InsO, nicht dadurch entziehen, dass er auf eine Forderungsanmeldung verzichtet.

## II. Klassifizierung und Bestimmung der Gläubigerforderungen

Weil der Insolvenzverwalter im Ausgangsfall Phoenix erhebliche Kontoguthaben beschlagnahmen konnte, hat sich die Mehrzahl der Gläubiger aus nachvollziehbaren Gründen für die Teilnahme am Insolvenzverfahren entschieden. Fraglich war jedoch, ob die Anleger überhaupt Insolvenzgläubiger und von den Beschränkungen eines Insolvenzverfahrens betroffen waren? Denn durch das mit dem PMA praktizierte Massengeschäft und der zu Grunde liegenden Treuhandidee war es eine bis dato ungeklärte Rechtsfrage, ob die Ansprüche der Anleger überhaupt Insolvenzforderungen darstellten oder die auf den Omnibuskonten beschlagnahmten Gelder auszusondern waren, weil dieser Vermögensteil aufgrund des ursprünglich angestrebten Treuhandmodells ggfs. nicht unter den Insolvenzbeschluss fiel und auszusondern war.

50 Nerlich/Römermann-InsO/Becker § 180 Rn. 1.

51 Heukamp ZInsO 2007, 57 (57).

52 MüKoInsO/Ehricke § 38 Rn. 8.

Doch selbst für den Fall, dass die Anleger Insolvenzgläubiger waren, konnte niemand mit Gewissheit die exakte Höhe der Forderung als Maßstab einer quotalen Verteilung der beschlagnahmten Guthaben bestimmen, da sie von der Art und Weise der Berechnung abhing, insbesondere davon, ob bei der Forderungsanmeldung die über die gefälschten Kontoauszüge ausgewiesenen Gewinne zu Grunde gelegt oder/und fiktive Zinssätze für den Anlagezeitraum berücksichtigt wurden.

### 1. Aussonderung durch Treuhandabrede?

Zunächst bestand Unsicherheit bei der Rechtsfrage, ob das im PMA beschriebene Treuhandmodell zu Gunsten der Anleger ein Aussonderungsrecht an den beschlagnahmten Geldern begründete. Denn wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger (§ 47 S. 1 InsO). Für das grundlegende Thema von Verfahrenshindernissen und Verteilungsregeln entwickelt dieses Problem nur am Rande Relevanz, soll aber der Vollständigkeit halber in gebotener Kürze umrissen werden.

Während also Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen können (§ 87 InsO), bestimmt sich der Anspruch auf Aussonderung nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten (§ 47 S. 2 InsO). Die Insolvenzforderung wird in der InsO selbst jedoch nicht definiert. Auf sie wird im Gesetz nur Bezug genommen. Einen Ansatz bietet aber § 38 InsO, der jedenfalls den Begriff des Insolvenzgläubigers legaldefiniert. Danach dient die Insolvenzmasse zur Befriedigung der persönlichen Gläubiger, die einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben. Solche Ansprüche der Insolvenzgläubiger sind also Insolvenzforderungen. Der Rückschluss ist erlaubt, weil die Norm gerade nicht Gläubiger von Nichtgläubigern abgrenzen, sondern vielmehr die Gläubiger positiv bestimmen möchte, die am Insolvenzverfahren teilnehmen können.<sup>53</sup> Aus der Norm lassen sich nach dem Wortverständnis drei Elemente ableiten, die eine Insolvenzforderung charakterisieren. Insolvenzforderungen sind von einem personalen („persönlicher Gläubiger“), zeitlichen („zur Zeit der Eröffnung begründet“) sowie einem vermögensrechtlichen Element („Vermögensanspruch“) gekennzeichnet. Auf das Rechtsverhältnis der Gläubigerforderung kommt es also erkennbar nicht an.<sup>54</sup> So kann sich der Anspruch bspw. aus Vertrag oder aus dem Gesetz (bspw. aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, etc.) ergeben.

<sup>53</sup> Hess, Insolvenzrecht § 38 Rn. 5.

<sup>54</sup> Uhlenbruck-InsO/Sinz § 174 Rn. 2.

Das Gesetz schlägt im Augenblick der Verfahrenseröffnung einen Pfahl ein, der eine Forderungszäsur markiert. Eine Insolvenzforderung im Sinne des § 38 InsO liegt vor, wenn der anspruchsbegründende Tatbestand schon vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen ist, auch wenn sich die Forderung des Gläubigers daraus erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergibt.<sup>55</sup> Dabei muss nur die schuldrechtliche Grundlage des Anspruchs schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sein. Unerheblich ist, ob die Forderung selbst schon entstanden ist und im Falle einer unerlaubten Handlung ist entscheidend, ob diese selbst – unabhängig vom Zeitpunkt des Schadenseintritts – bereits vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen war.<sup>56</sup> Begründet im Sinne der Insolvenzordnung ist ein Anspruch also dann, wenn die Grundlagen des Schuldverhältnisses gelegt worden sind. Fällig muss der Anspruch nicht sein (§ 41 InsO). Um eine Forderung auch als Vermögensanspruch einordnen zu können, muss sie auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet sein oder entsprechend umgerechnet werden können (§ 45 InsO). All das war unstrittig möglich.

Im Verfahren Phoenix waren das zeitliche Element der Forderungen sowie die Eigenschaft als Vermögensanspruch unproblematisch. Bereits der Abschluss der zu Grunde liegenden Anlageverträge, auf deren Grundlage die Anleger in das PMA investierten, begründeten geldwerte Rückzahlungsansprüche des jeweiligen Anlegers, weshalb die Forderungen jedenfalls in zeitlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht unproblematisch in die Kategorie der Insolvenzforderung eingeordnet werden konnten, weil die Forderungen im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hierüber einen begründeten Vermögensanspruch darstellen. Dies gilt auch für den Fall, dass Gläubiger eine Forderung aus unerlaubter Handlung anmeldeten.

Jedoch war das personale Element der Forderungen der Anleger unklar. Nach allgemeiner Ansicht meint ein persönlicher Anspruch aus Sicht des Schuldners, dass dieser mit seinem ganzen Vermögen oder zumindest mit einem Sondervermögen für die Verbindlichkeiten einzustehen hat.<sup>57</sup> Dem steht das dingliche Haftungsrecht gegenüber, welches als die Belastung eines bestimmten Gegenstandes des Vermögens für Forderungen des Schuldners beschrieben wird.<sup>58</sup> Jener Gegenstand wäre außerhalb der insolvenzrechtlichen Vorschriften an den Gläubiger herauszugeben bzw. im insolvenzrechtlichen Sinne auszusondern. Inhaber eines Aussonderungsrechts sind damit keine Insolvenzgläubiger, können aber natürlich aus einem anderen Rechtsgrund

55 Uhlenbruck-InsO/Sinz § 38 Rn. 26.

56 BGH NZI 2011, 953; Ausnahme § 55 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO.

57 Uhlenbruck-InsO/Sinz § 38 Rn. 5 mit Bezug auf: Jaeger-InsO/Henckel § 38 Rn. 19.

58 Hess, Insolvenzrecht § 38 Rn. 4; MüKoInsO/Ehricke § 38 Rn. 10.



Insolvenzgläubiger sein (regelmäßig in der Insolvenz des Leasingnehmers der Fall nach Verwertung des ausgesonderten Fahrzeuges und Abrechnung des Vertragsschadens). Diese altwürdige Abgrenzung wird haftungsrechtlich kritisiert.<sup>59</sup> Denn entgegen der gesetzlichen Wortwahl („persönlicher Anspruch“) kann es mittlerweile aus Sicht des Gläubigers gerade nicht mehr auf die Unterscheidung zwischen dinglichen und schuldrechtlichen Ansprüchen ankommen. Der Grund liegt darin, dass nicht alle Inhaber „nur“ persönlicher Rechte sich auf die Quote verweisen lassen (siehe bereits § 47 InsO) und nicht alle dinglichen Rechte insolvenzfest sein müssen (siehe bereits § 51 Nr. 1 InsO).<sup>60</sup> So war es auch damals bereits unbestritten, dass im Einzelfall auch vertragliche Verschaffungsansprüche wie Treuhand- und Geschäftsbesorgungsverhältnisse zur Aussonderung berechtigen können, soweit sie auf Herausgabe gerichtet sind.<sup>61</sup> Somit ist anerkannt, dass Aussonderungsgläubiger und somit kein Insolvenzgläubiger ist, wer aufgrund eines dinglichen *oder* persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört.<sup>62</sup> Maßgeblich für die Frage, ob der Anspruch als Forderung im insolvenzrechtlichen Sinne eingeordnet werden kann, ist vielmehr, ob die Forderung gegen den Schuldner das allgemeine Haftungsrecht am Gesamtvermögen des Schuldners tangiert, welches mit den Befriedigungsrechten der anderen Gläubiger konkurriert<sup>63</sup> – was dann auch im Ergebnis wieder mit dem Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens als gemeinschaftliche Haftungsverwirklichung harmonisiert.

Ob nun ein Fall der vertraglichen Treuhand vorlag, mit der Folge, dass ein wesentlicher Teil des zur Masse gezogenen Vermögens an die Anleger hätte ausgesondert werden müssen, war streitig. Sollten Aussonderungsrechte tatsächlich bestehen, war darüber hinaus ungeklärt, in welcher Höhe das Aussonderungsrecht des einzelnen Anlegers hätte befriedigt werden müssen. Denn es war weder so viel Geld vorhanden, wie durch die Kontoauszüge ausgewiesen wurde, noch überhaupt wie ursprünglich von den Anlegern eingezahlt wurde.

Die korrekte Antwort auf diese Frage war für die zukünftige Abwicklung des Verfahrens und die Haftung der Beteiligten entscheidungserheblich. Der Insolvenzverwalter bestritt die Existenz von Aussonderungsrechten, und war darüber hinaus der Auffassung, dass selbst wenn Aussonderungsrechte bestünden, er nicht in der Lage sei, eine Aussonderung vorzunehmen, weil unter-

59 MüKoInsO/Ehricke § 38 Rn. 11.

60 Hässemeyer, Insolvenzrecht, 2007, S. 372, Rn. 16.03, auch Forderungen können zur Aussonderung berechtigen (u. gewissen U. Treuhandverhältnisse); demgegenüber die haftungsrechtliche Beschränkung des dinglichen Sicherungseigentums im Falle der Sicherungsübereignung auf abgesonderte Befriedigung.

61 Hess, Insolvenzrecht § 47 Rn. 324; MüKoInsO/Ehricke § 38 Rn. 11.

62 FA-InsR/Bruder S. 185 Rn. 397; MüKoInsO/Ehricke § 38 Rn. 11.

63 Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 536, Rn. 5.

schiedliche Berechnungsmethoden geltend gemacht wurden, so dass er sich gegenüber einer Anlegergruppe stets schadensersatzpflichtig machen könnte.<sup>64</sup> Die offenen Fragen waren höchststrichterlich noch nicht entschieden. Und auch wenn eine gerichtliche Entscheidung keine allgemeine Bindung entfaltet, hätte diese aber jedenfalls für alle Beteiligten nachvollziehbare Kriterien aufzeigen können.

Der BGH verneinte erst im Jahr 2011, immerhin 6 Jahre nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das Vorliegen eines zur Aussonderung berechtigenden Treuhandverhältnisses.<sup>65</sup> Die Richter begründeten ihre Entscheidung damit, dass im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhandenes Restguthaben nicht ausgesondert werden könne, wenn der Treuhänder auf ein Treuhandkonto eingezahlte Fremdgelder als *eigenes* Vermögen behandelt. Kennzeichen einer Treuhandvereinbarung ist, dass die dem Treuhänder eingeräumte Rechtsmacht im Innenverhältnis zum Treugeber allein durch eine schuldrechtliche Treuhandabrede beschränkt ist.<sup>66</sup> Nach der Gerichtsentscheidung liege es allein beim Treuhänder, ob er die Bindung respektiere oder sich über sie hinwegsetze. In den Fällen, in denen Guthaben auf einem Treuhandkonto zweckwidrig verwandt und als eigenes Vermögen behandelt wird, scheidet es aus dem Vermögen des Treugebers aus. Veruntreuende Handlungen des Treuhänders bedingen, dass Guthaben insgesamt nicht mehr dem Vermögen des Treugebers zugerechnet werden. Treuhandkonstruktionen versagen somit immer (bereits!) dann, wenn der Treuhänder von vornherein oder zumindest nachträglich nicht den Willen hat, sich vertragsgerecht zu verhalten. Damit musste die Frage, ob und – wenn ja – wie das vermeintliche Treugut unter den Anlegern zu verteilen wäre, nicht (mehr) beantwortet werden.

## 2. Eine Forderung, mehrere Berechnungsmethoden

Die inhaltlichen Anforderungen der Forderungsanmeldung normiert § 174 Abs. 2 InsO, wonach bei der Anmeldung u. a. der Grund und der Betrag der Forderung anzugeben sind. Die Angabe des Grundes bedeutet nicht die Angabe des rechtlichen Grundes der Forderung, sondern die Darlegung des

---

64 So war eine Berechnungsmethode möglich, die darauf hinausläuft, dass diejenigen Anleger nahezu ihre gesamte Einlage zurückerhalten, die ihre Einlagen kurz bevor der Betrug entdeckt wurde eingezahlt hatten. Gläubiger, die hingegen frühzeitig ihre Gelder investiert hatten, gehen hingegen nahezu leer aus, weil die tatsächlichen Handelsverluste in den Anfangsjahren entstanden.

65 BGHZ 188, 317 = NJW-RR 2011, 779.

66 Bereits BGHZ 157, 178 = NJW 2004, 1382 – 1384.



Lebenssachverhaltes, aus dem die Forderung resultiert.<sup>67</sup> Gibt ein Gläubiger einen nicht nachvollziehbaren Rechtsgrund an, hat dies keinesfalls nur wissenschaftliche Diskussionen zur Folge. Der in der Anmeldung angegebene Grund beeinflusst und begrenzt im Falle des Bestreitens maßgeblich den Feststellungsprozess, denn die Klage dient im Kern nur der Beseitigung des Widerspruchs. Anmeldung und Prüfung der Forderung sind Prozessvoraussetzungen, weshalb die Klage auf Feststellung einer zur Tabelle angemeldeten Forderung unzulässig ist, wenn sie auf einen anderen als den in der Anmeldung angegebenen Anspruchsgrund gestützt wird.<sup>68</sup>

Nun stand die Frage im Raum, ob ein vertraglicher bzw. bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch besteht oder der Anspruch allein oder jedenfalls auch aus Gesichtspunkten des Schadensersatzes zu berechnen sei.<sup>69</sup> Und so wie der Aussonderungsanspruch des Anlegers weder dem Grunde oder der Höhe nach zu bestimmen war, konnte auch der nunmehr als Insolvenzforderung einzuordnende Anspruch des Anlegers der Höhe nach nicht eindeutig beziffert werden. Das Phoenix Management hatte eine Scheinwelt geschaffen, in der den Anlegern Kontoauszüge, die fingierte Handelsgeschäfte und nicht vorhandene Handelsgewinne auswiesen, übermittelt wurden. Es machte also einen erheblichen Unterschied, ob der einzelne Anleger sein ursprünglich investiertes Kapital oder einen Scheingewinn als Forderung anmeldete.

Denkbar war zunächst, die von der Schuldnerin an die Anleger ausgewiesenen und durch die Kontoauszüge belegten Scheingewinne anzumelden, was zum höchsten Forderungsvolumen geführt hätte. Ein vom Insolvenzverwalter in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten kam zu dem Ergebnis, dass die ausgestellten und den Anlegern übersandten Kontoauszüge abstrakte Schuldversprechen darstellen könnten (§§ 780–781 BGB), jedoch wären diese Schuldversprechen (konkret die ausgewiesenen Scheingewinne) für die letzten vier Jahre vor Antragstellung anfechtbar.<sup>70</sup> Dazu entschied der BGH<sup>71</sup> im Verhältnis eines Anlegers zu der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) auf Entschädigung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG), dass es sich bei den Kontoauszügen um eine

67 BGHZ 173, 103 = ZInsO 2007, 986; zum Konkursrecht bereits LG Mönchengladbach KTS 1970, 62; Uhlenbruck-InsO/Sinz § 174 Rn. 29.

68 BGHZ 173, 103 = ZInsO 2007, 986; 2001, 1050: der dort im Verfahren angemeldeten Forderung lagen zunächst nicht in Rechnung gestellte Leistungen zu Grunde. Im Feststellungsprozess berief sich die Gläubigerin hingegen auf einen vermeintlichen Darlehensrückzahlungsanspruch; Jauernig/Berger, Insolvenzrecht, 2010, Seite 240, Rn. 24.

69 Dahl/Thomas GWR 2011, 179 (180).

70 Baumert/Schmitt NZI 2012, 394 (396) verweist auf ein Gutachten, ausgestellt von Prof. Dr. Bork, Universität Hamburg (lag dem Verfasser nicht vor).

71 BGHZ 187, 327 = NJW 2011, 677.

bloße Wissenserklärung gehandelt habe, mit der der Kunde über Buchungsvorgänge auf seinem Konto informiert wurde. Deshalb hat der Anleger auch keinen Anspruch in Höhe des mitgeteilten Kontostands. Damit war geklärt, dass ausgewiesene Scheingewinne als Insolvenzforderung nicht geltend zu machen sind.

Aus Sicht des Insolvenzverwalters stellte hingegen das andere Extrem, also die vertragsgemäße Abwicklung die sicher anzuerkennende Untergrenze der Forderungshöhe dar. Dazu brachte der Insolvenzverwalter zunächst Licht in das Dunkel und rekonstruierte anhand der Buchhaltung und Kontenführung das tatsächliche Handelsergebnis für jeden Anleger und ermittelte so den tatsächlichen Handelsverlauf der einzelnen Anlage. Maßstab der Kategorisierung waren also die Einzahlungen des Anlegers (abzüglich Agio), das tatsächliche Handelsergebnis, bereits getätigte Auszahlungen und die der Schuldnerin zustehenden Provisionen, wobei diese natürlich an das tatsächliche Handelsergebnis angepasst wurden.

Den Entscheidungen des BGH, der sich in vielerlei Hinsicht mit den rechtlichen Problemen des Verfahrens beschäftigen musste (häufig im Zusammenhang mit Anfechtungen), konnten zum Thema der Berücksichtigung der tatsächlichen Handelsverluste unterschiedliche Auffassungen entnommen werden. So entschied der IX. Senat<sup>72</sup> im Verhältnis des Insolvenzverwalters zu einem Anleger, der nicht nur sein investiertes Geld, sondern auch nicht existente Scheingewinne ausbezahlt bekam, dass der Anleger nur Scheingewinne zu erstatten hat. Die Anleger sind insbesondere nicht so zu stellen, wie Sie mit Berücksichtigung von tatsächlichen Handelsverlusten gestanden hätten. Denn unter dieser Annahme hätte der Anleger auch einen Teil seiner zurückgezahlten Einlage an die Masse erstatten müssen. Die Einlage darf also nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) *nicht* um die Verluste aus den wenigen noch getätigten Anlagegeschäften vermindert werden. Ursächlich sei das kriminelle Vorgehen der Phoenix Verantwortlichen, nämlich in betrügerischer Weise neue Anleger zu werben und ihre vertraglichen Verpflichtungen entsprechend ihrer vorgefassten Absicht grob verletzen zu wollen. Danach wurde die Anlegerforderung zwar mittelbar auf der vertraglichen Ebene bestimmt, jedoch ohne Berücksichtigung von tatsächlichen Handelsverlusten. Aspekte eines vertraglichen Schadensersatzes blieben unberücksichtigt.

Demgegenüber sah der XI. Senat<sup>73</sup>, der erneut über einen Entschädigungsanspruch eines Anlegers gegenüber der EdW zu entscheiden hatte, die Frage der Berücksichtigung von Handelsverlusten als Aspekt des vertraglichen Schadensersatzes. Der BGH bestimmte den Entschädigungsanspruch nach dem

<sup>72</sup> V.v. BGH NJW-RR 2012, 625; ZInsO 2011, 428; ZIP 2011, 674.

<sup>73</sup> BGH ZInsO 2013, 2552.

Schutzzweck des EAEG, der eine Entschädigung für tatsächlich erlittene Handels- oder Kursverluste nicht vorsieht, dass die Handelsverluste zu Lasten der Anleger wiederum zu berücksichtigen sind und die Entschädigungsansprüche reduzieren. Die Divergenz zum IX. Senat begründet der XI. Senat damit, dass die Schuldnerin im Verhältnis zum Anleger die Geltendmachung etwaiger Gegenpositionen auf vertraglicher Ebene verwirkt hat (und sich deshalb nicht auf das tatsächliche Handelsergebnis berufen könne). Die Begründung könne nicht mittelbar auf die Bestimmung der Anlegerforderung im Verhältnis zum EAEG übertragen werden. Im Grundsatz gilt, dass der Beauftragte oder Geschäftsbesorger die zur Auftragsausführung erhaltenen Gelder wieder vollständig zurückzahlen hat, es sei denn, er hat diese auftragsgemäß weitergeleitet oder bestimmungsgemäß verbraucht.<sup>74</sup> Tatsächliche Handelsverluste können also nur berücksichtigt werden, soweit diese auf einer auftragsgemäßen oder bestimmungsgemäßen Nutzung der investierten Gelder beruhen. Dies sei aber, wie vom IX. Senats erläutert, gerade nicht der Fall (und hätte zur Folge, dass der Anspruch höher ausfällt). Im Verhältnis zwischen Entschädigungseinrichtung und Anleger gelten jedoch andere Maßstäbe. Dieser richtet sich allein nach dem Schutzzweck der Anlegerentschädigung, der eine Entschädigung für tatsächlich erlittene Handels- oder Kursverluste eben nicht vorsieht.

An dieser Stelle wird eindrucksvoll klar, welchen Einfluss die verschiedenen Schutzzwecke der einschlägigen Gesetze auf die unterschiedlichen Berechnungsmethoden und somit auch auf die einzelnen Interessen der Gläubiger untereinander haben können. Neben der ganz allgemeinen Tatsache, dass höhere Forderungen anderer Insolvenzgläubiger die eigene Quote schmälern, soweit sich die eigene Forderung nicht im gleichen Zuge erhöht, hatte die Berechnungsmethode direkte Auswirkungen auf Zahlungen der EdW, die im Verfahren zum Entschädigungsfall Phoenix nach Auskunft rund 261 Mio. EUR an geschädigte Anleger auszahlte.

Schließlich war auch denkbar, Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung geltend zu machen. Unklar war aber auch hier die Frage, wie ein zusätzlicher etwaiger Schadensersatzanspruch bspw. in Form einer fiktiven Verzinsung zu berücksichtigen wäre, soweit dieser geltend gemacht wird. Forderungen, deren Geldbetrag unbestimmt ist (ggfs. auch weil verschiedene Berechnungsansätze möglich sind), können mit dem Wert geltend gemacht werden, der für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden kann (§ 45 S. 1 InsO). Ob durch die Gläubiger verschieden geschätzte Forderungen in großer Zahl mit verschiedenen Berechnungsansätzen durch den Insolvenzverwalter und die jeweils anderen Gläubiger anerkannt und festge-

---

74 BGH NJW-RR 2004, 121; BGHReport 2002, 71; NJW 1997, 47–50.

stellt werden, ist aber unwahrscheinlich – einem solchen Vorgehen fehlt wohl die erforderliche Klarheit und Belastbarkeit.

Die Rechtsunsicherheiten waren keinesfalls nur akademischer Natur und Ausdruck von im Laufe des Verfahrens in Auftrag gegebener Rechtsgutachten, sondern hatten unmittelbaren Einfluss auf die Schuldenmasse als Ausgangspunkt und Maßstab einer Verteilung. Den Forderungen konnten im Ergebnis unterschiedliche Rechtsgründe zu Grunde liegen, die jeweils eine andere Berechnungsmethode zur Folge haben konnten. Und die verschiedenen Berechnungsalternativen führten zu jeweils sehr unterschiedlichen Ergebnissen, in welcher Höhe die einzelne Insolvenzforderung des Anlegers festzustellen wäre. Aufgrund der allumfassenden Rechtsunsicherheiten widersprach der Insolvenzverwalter sämtlichen angemeldeten Forderungen der Anleger, soweit sie über die von ihm ermittelte vertragsgemäße Abrechnung hinausgingen.

Um nicht eine Entscheidung des BGH abwarten zu müssen, suchte der Insolvenzverwalter einen Ausweg in einer alle Beteiligten bindenden Regelung in einem Insolvenzplan, die jedoch nicht umgesetzt werden konnte. Die dort gefundene vergleichsweise Einigung auf breiter Front war – wie nachfolgend noch erläutert wird – nicht umsetzbar. Gläubiger mussten somit klagen und ihre Forderungen in einem gerichtlichen Verfahren, das die InsO für diese Fälle vorsieht, geltend machen. Erwartungsgemäß wurden die Instanzen ausgeschöpft. Über die Feststellungsklage eines Gläubigers urteilte der BGH schließlich erst im April 2014.<sup>75</sup> Danach berechne sich der (vertragliche) Schadensersatzanspruch eines Kapitalanlegers wegen des Teilverlusts seiner Einlage, den er als Insolvenzforderung geltend machte, ausschließlich aus der Differenz zwischen der Einlage und den Rückzahlungen. Vereinbarte Provisionen (Verwaltungskosten) dürfen nicht abgezogen werden, denn die Gesellschaft hat einen Anspruch auf Zahlung von Gebühren durch ihr unredliches Verhalten verwirkt – so der BGH. Soweit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Verlustbeteiligung vereinbart ist, verstoße diese unter den gegebenen Umständen gegen Treu und Glauben.<sup>76</sup> Da die Entscheidungsgründe nach Auffassung des Insolvenzverwalters allgemeine Ausführungen beinhalteten, übertrug er die Leitgedanken auf alle Forderungsanmeldungen der Anleger, um nicht den Ausgang weiterer Rechtstreite abwarten zu müssen. Letztendlich konnte nur über die höchstrichterliche Argumentation die Haftung des Insolvenzverwalters und des Gläubigerausschusses bei Verteilungen ausgeschlossen werden – jedoch zulasten der Verfahrensdauer und unter Tolerierung all der noch zu erörternden negativen Auswirkungen.

<sup>75</sup> BGH ZInsO 2014, 1051.

<sup>76</sup> BGH ZInsO 2014, 1051; bereits ZInsO 2011, 428.



# Kapitel 2: Abwicklungs- und Verteilungshindernisse bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen im Regelverfahren

## A. Die Forderung als Schlüssel der Gläubigerrechte: Ein Überblick

Insolvenzrecht ist eine Form der Haftungsverwirklichung. Und mit der Haftung des Schuldnervermögens als objektiv-rechtliches Prinzip korrespondiert ein subjektives Recht des einzelnen Gläubigers, das dem persönlichen materiell-rechtlichen Leistungsanspruch gegen den Schuldner entspricht.<sup>77</sup> Zur zwangsweisen Durchsetzung seines Rechts steht dem Gläubiger das Einzelzwangsvollstreckungsverfahren bis zu dem Zeitpunkt zur Verfügung, in dem die eigenverantwortliche Schuldenregulierung nicht mehr möglich ist. Fortan sind insolvenzbedingt Besonderheiten bei der Durchsetzung von Gläubigerrechten zu beachten.

### I. Antragsrecht aufgrund des persönlichen Leistungsanspruchs

Ein Insolvenzantrag öffnet eine Tür in ein geordnetes Verfahren der Schuldenregulierung, die erst mit Eröffnung des Verfahrens durchschritten werden kann. Somit greift das insolvenzbedingte Gläubigerrecht streng genommen bereits mit dem Recht auf Antragstellung, das zu einem Zeitpunkt möglich ist, in dem notwendigerweise Forderungen noch nicht förmlich angemeldet oder überhaupt im Verfahren geltend gemacht werden können (§ 13 Abs. 1 S. 1 InsO).<sup>78</sup>

### II. Die spezifischen (Insolvenz-)Gläubigerrechte

Die Eintrittskarte bzw. der Schlüssel ist der zugrunde liegende persönliche Leistungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner, der im Vorfeld der Insolvenz zum Insolvenzantrag berechtigte. Jedoch wird dieser mit Eröffnung des Verfahrens bis zum Verfahrensabschluss eingefroren (§ 87 InsO) und in

<sup>77</sup> Kölner Schrift, 2009, *Eckardt*, S. 535, Rn. 2.

<sup>78</sup> Abgesehen von Sondervorschriften (bspw. § 46b KWG) sind nach § 13 Abs. 1 S. 2 InsO der Schuldner und Gläubiger antragsberechtigt. Der Gesetzgeber hat auf eine Beschränkung des Kreises der antragsberechtigten Gläubiger verzichtet, so dass grundsätzlich auch nachrangige Insolvenzgläubiger und absonderungsberechtigte Gläubiger, soweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet und vom Ausfall gefährdet sind, antragsberechtigt sind – in jedem Fall aber der „klassische“ Gläubiger einer Insolvenzforderung.

verschiedener Hinsicht modifiziert und erlangt als Insolvenzgläubigerrecht zugleich einen insolvenzspezifischen Inhalt.<sup>79</sup> Die Einordnung des jeweiligen Anspruchs als Insolvenzforderung ist dabei die erste Voraussetzung des Insolvenzgläubigerrechts. Der Grund liegt darin, dass die Insolvenz nur die Insolvenzgläubiger mit ihren jeweiligen Leistungsansprüchen in eine Haftungsgemeinschaft zwingt (§ 1 InsO). Der Mangel an individueller Haftungsverwirklichung wird durch besondere Rechte im Insolvenzverfahren aufgefangen bzw. das subjektive Haftungsrecht wird neu bestimmt und definiert und mündet letztendlich in diversen Insolvenzgläubigerrechten. Auch die Wertungen der §§ 41, 45 und 46 InsO, wonach bestimmten Forderungen nur für die Zwecke des Insolvenzverfahrens und die Umsetzung der Gläubigergleichbehandlung ein nominaler Haftungswert und damit dem Gläubiger ein vom Forderungsinhalt abweichendes Haftungsrecht zugewiesen werden<sup>80</sup>, sprechen für und bestätigen zugleich eine solche differenzierende Betrachtung der Gläubigerrechte.

### 1. Teilnahmerecht

Der Insolvenzantrag kann solange zurückgenommen werden, bis das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Antrag rechtskräftig abgewiesen wurde (§ 13 Abs. 2 InsO). Das eröffnete Verfahren wird jedoch vom Amtsbetrieb<sup>81</sup> beherrscht und zeitigt Wirkungen auch für bis dato unbeteiligte Dritte, insbesondere für die Gesamtheit der Gläubiger.<sup>82</sup> Die Mehrheit der Gläubiger hat regelmäßig keine Kenntnis vom Insolvenzantrag, weshalb für sie das Insolvenzverfahren faktisch erst beginnt, von den Fällen der Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren mal abgesehen, indem sie ihre Forderung beim Insolvenzverwalter anmelden (§ 174 Abs. 1 S. 1 InsO). Dazu wird im Eröffnungsbeschluss vom Insolvenzgericht festgelegt, innerhalb welcher Frist die Gläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner beim Insolvenzverwalter anzumelden haben (§ 28 Abs. 1 InsO). Das Teilnahmerecht versteht sich deshalb im weitesten Sinne als Beteiligung am Insolvenzverfahren überhaupt. Die Anmeldung ist dabei eine Form der Rechtsverfolgung, weil der Gläubiger sein Haftungsrecht realisiert und u. a. aus dem Tabelleneintrag nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Zwangsvollstreckung betreiben kann (§§ 178 Abs. 3, 201 InsO).

Das Teilnahmerecht ist keine Teilnahmepflicht. Im Insolvenzrecht gilt die Dispositionsmaxime. D. h., dass der Gläubiger entscheidet, überhaupt am Ver-

79 Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 535, Rn. 2.

80 Hmb-Komm-InsO/Herchen § 179 Rn. 17.

81 BGH NJW 61, 2016.

82 Einhellige Auffassung: v. v. Braun-InsO/Bußhardt § 13 Rn. 2, MüKoInsO/Schmahl/Vuia § 13 Rn. 118.

fahren teilzunehmen. So scheuen einige Gläubiger die Teilnahme am Verfahren, weil der Schuldner erkennbar kein verwertbares Vermögen besitzt bzw. dieses über Wert mit Drittrechten belastet ist, die Verfahrensdauer als zu lang oder auch der formelle Aufwand als zu hoch eingeschätzt wird. Durch einen Verzicht auf die Teilnahme am Insolvenzverfahren verliert der Gläubiger jedoch nicht seine formale Stellung als Insolvenzgläubiger. Ein Insolvenzgläubiger kann sich deshalb den verfahrensrechtlichen Wirkungen, wie dem Vollstreckungsverbot nach § 89 InsO, nicht durch Verzicht auf die Forderungsanmeldung entziehen. Weil eine Vollstreckung in den Neuerwerb, welches noch während der Geltung der Konkursordnung möglich war<sup>83</sup>, während der Dauer des Verfahrens unzulässig ist, empfiehlt sich stets die Teilnahme am Verfahren, soweit dem nicht offensichtlich berechnete praktische oder wirtschaftliche Erwägungen entgegenstehen.<sup>84</sup>

### 2. Informations- und Anwesenheitsrecht

Das Insolvenzverfahren ist nur parteiöffentlich. Es gelten, soweit die InsO nichts anderes bestimmt, die Vorschriften der ZPO entsprechend (§ 4 InsO). Nach § 299 Abs. 1 ZPO können Gläubiger des Insolvenzverfahrens in die Geschäftsakten einsehen und sich aus ihnen durch die Geschäftsstelle Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften erteilen lassen. Dies gilt ungeachtet dessen, ob sie ihre Forderung angemeldet haben oder nicht.<sup>85</sup> Denn Insolvenzgläubiger ist gemäß § 38 InsO ganz allgemein jeder persönliche Gläubiger, der zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat. Deshalb kommt es für die Stellung als Insolvenzgläubiger nicht darauf an, ob eine Forderung angemeldet wurde. Das Informationsrecht des Gläubigers ist jedoch insoweit eingeschränkt, als dass der Insolvenzverwalter einzelnen Gläubigern weder mündlich noch schriftlich zur Auskunft verpflichtet ist.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 KO.

<sup>84</sup> Allein aus wirtschaftlichen Erwägungen besteht wohl regelmäßig kein Bedürfnis, Kleinstforderungen (bis 100 EUR) anzumelden, weil Kosten und Nutzen häufig nicht im Verhältnis stehen. Auch in Verfahren, in denen offenkundig die Verfahrenskosten gerade einmal erwirtschaftet werden können oder erhebliche sonstige Masseverbindlichkeiten (bspw. Arbeitnehmerverbindlichkeiten) bestehen, könnte sich eine Forderungsanmeldung nicht „lohnen“. Weil aber der Gläubiger gerade das Potenzial möglicher Anfechtungsansprüche nicht sicher bewerten kann, sollte der Gläubiger die Teilnahme am Verfahren niemals scheuen. Da nur die Anmeldung der Forderung die Verjährung hemmt (vgl. § 204 Abs. 1 Nr. 10 BGB), sollte mit ihr auch nicht zugewartet werden.

<sup>85</sup> Zeuner NJW 2007, 2952 (2954).

<sup>86</sup> FA-InsR/Bruder S. 156 Rn. 307.



Ist das Insolvenzverfahren erst einmal eröffnet, können die Gläubiger während der Dauer des Insolvenzverfahrens Einfluss nehmen, indem sie ihre Entscheidungsmacht über die Gläubigerversammlung oder/und den Gläubigerausschuss, soweit eingesetzt, ausüben (§§ 156 ff. InsO). Nach § 74 Abs. 1 S. 2 InsO sind alle Insolvenzgläubiger berechtigt, der Gläubigerversammlung beizuwohnen, weshalb es erneut nicht darauf ankommt, ob die Forderung angemeldet wurde. Der betreffende Gläubiger muss dann lediglich – wie auch bei der Geltendmachung eines Auskunftsanspruches – seine bislang unbekannte und behauptete Forderung für das Gericht, den Insolvenzverwalter und für anwesende Gläubiger hinreichend belegen, damit diese seine Stellung als Insolvenzgläubiger nachvollziehen können. Insolvenzgläubiger haben somit ein Teilnahme-, Informations- und Anwesenheitsrecht bei allen Gläubigerversammlungen, unabhängig davon, ob sie ihre Forderung angemeldet haben.<sup>87</sup>

### 3. Mitbestimmungsrecht

Entscheidet sich ein Gläubiger mit seiner Forderung am Verfahren teilzunehmen, kann er das Verfahren mitgestalten. Eine Form der Mitgestaltung ist die Mitbestimmung. In diesem Zusammenhang unterscheidet man vom Teilnahme- oder Anwesenheitsrecht das Stimmrecht. Damit ist das Recht gemeint, an Abstimmungen der Gläubigerversammlung mitwirken zu können<sup>88</sup>, um unmittelbar den weiteren Fortgang des Verfahrens zu beeinflussen. So entscheiden die Gläubiger im Berichtstermin über die Stilllegung oder vorläufige Fortführung des Unternehmens des Schuldners (§ 157 S. 1 InsO), die Erstellung eines Insolvenzplans (§ 157 S. 2 InsO), die Wahl eines anderen Insolvenzverwalters (§ 57 InsO) sowie die Bestellung eines Gläubigerausschusses (§ 68 InsO). Für besonders bedeutsame Rechtshandlungen hat der Insolvenzverwalter die (nur im Innenverhältnis wirkende) Zustimmung der Gläubigerversammlung einzuholen (§ 160 InsO).

Für die Mitbestimmung bedarf es also eines Stimmrechts. Dieses gewähren nur die Forderungen, die angemeldet und weder vom Insolvenzverwalter noch von einem stimmberechtigten Gläubiger bestritten worden sind (§ 77 Abs. 1 S. 1 InsO). Hiervon gibt es eine Ausnahme. Gläubiger entscheiden bereits im Berichtstermin über den Fortgang des Verfahrens, also zu einer Zeit, zu der die konkrete Gläubigerposition überhaupt noch nicht bestimmt wurde (der Prüfungstermin findet erst im Nachgang statt<sup>89</sup>) oder zu der u. U. sogar noch

<sup>87</sup> AG Aurich ZInsO 2006, 782, für das Antragsrecht nach § 75 InsO hat dies der BGH entschieden, da es für die Stellung als Insolvenzgläubiger nicht darauf ankommt, ob der Anspruch angemeldet, anerkannt oder bestritten ist (vgl. BGH ZInsO 2011, 131).

<sup>88</sup> Nerlich/Römermann-InsO/Delhaes § 77 Rn. 1.

<sup>89</sup> FK-InsO/Schmitt § 77 Rn. 4; Hess, Insolvenzrecht § 29 Rn. 14.

nicht einmal die Forderung des Gläubigers hätte angemeldet werden müssen.<sup>90</sup> Doch ungeachtet einer etwaig noch nicht erfolgten Aufnahme zur Tabelle oder jedenfalls der noch nicht erfolgten Forderungsprüfung müssen Gläubiger in der Gläubigerversammlung mitbestimmen können, um die Beteiligungsrechte der Gläubiger nicht leerlaufen zu lassen. Für das Stimmrecht gelten dann allgemein die §§ 76–78 InsO, so dass ungeprüfte Forderungen (insbesondere) in der ersten Gläubigerversammlung vorläufig in Höhe des angemeldeten Betrages stimmberechtigt sind.<sup>91</sup> Sofern Einwände vom Insolvenzverwalter oder eines anderen Gläubigers erhoben werden, müssen sich jedoch die Gläubiger einigen oder es entscheidet der Rechtspfleger. Der Begriff „angemeldet“ ist deshalb nicht allzu förmlich zu verstehen. Es reicht somit aus, wenn sich der Gläubiger noch in der Gläubigerversammlung einer Forderung berührt.<sup>92</sup>

Jeder Stimmberechtigte ist also berechtigt, der Gläubigerversammlung beizuwohnen, aber nicht jeder Anwesenheitsberechtigte hat auch immer automatisch ein Stimmrecht. Gläubiger, denen kein Stimmrecht zusteht oder gewährt wurde, können wiederum nicht von der Sitzung ausgeschlossen werden, wenn sie denn Insolvenzgläubiger sind.

Losgelöst vom Anwesenheits- und Stimmrecht ist die Frage, wie ein Gläubiger inhaltlich entscheiden möchte. In einer Gläubigerversammlung, in der Mehrheitsbeschlüsse gefasst werden, nimmt der Gläubiger nur seine Interessen wahr, nicht auch die der anderen anwesenden oder abwesenden Gläubiger.<sup>93</sup> Es trifft ihn auch keine Treuepflicht.<sup>94</sup> Die Gläubiger können die zur Abstimmung gestellte Frage stets neu, unabhängig und individuell beantworten. Im Rahmen des § 78 InsO wird am Ende aber nur die von der Mehrheit gewollte Entscheidung umgesetzt. Wer nicht an Gläubigerversammlungen teilnimmt

---

90 Der Gesetzgeber hat den Berichtstermin nach § 156 InsO, in dem die Gläubiger Beschlüsse fassen können, ausdrücklich vorgesehen, ohne dass die angemeldeten Forderungen bereits geprüft sein können. Sie müssen theoretisch noch nicht einmal angemeldet sein. Denn im Eröffnungsbeschluss bestimmt das Insolvenzgericht den Berichtstermin, der nicht über 6 Wochen angesetzt werden soll. Zeitgleich fordert das Gericht die Gläubiger auf, ihre Forderungen innerhalb einer bestimmten Frist beim Insolvenzverwalter anzumelden. Die Frist ist auf einen Zeitraum von mindestens 2 Wochen und höchstens 3 Monaten festzusetzen (§ 28 Abs. 1 InsO). Wird also ein früher Berichtstermin durchgeführt (bspw. nach 5 Wochen), ist es möglich, dass die vom Gericht festgesetzte Anmeldefrist (bspw. 3 Monate) noch nicht abgelaufen ist – Gläubiger mussten so ihre Forderung noch nicht anmelden.

91 LG Göttingen ZIP 2000, 1501–1502; Hess, Insolvenzrecht § 77 Rn. 13; so auch AG Hamburg, NZI 2000, 138, wo der Berichtstermin vor Ablauf der Forderungsanmeldefrist stattfand.

92 Hess, Insolvenzrecht § 77 Rn. 5; FK-InsO/Schmitt § 77 Rn. 4.

93 Hess, Insolvenzrecht § 76 Rn. 35.

94 Ehricke NZI 2000, 57 (62); Grell/Klockenbrink DB 2014, 2514 (2516).

oder sich neutral verhält, überlässt dann die Entscheidung den Gläubigern, die sich an der Abstimmung beteiligen. Es zeigen sich Parallelen zu politischen oder sonstigen Quoren, weil die Macht der Mehrheit durchaus eine Macht der Minderheit sein kann. Bei insolvenzrechtlichen Abstimmungen dient jedoch nicht die absolute Anzahl der Stimmberechtigten als Bezug, sondern die anwesenden Gläubiger mit ihren jeweils geltend gemachten Forderungen. Mit Blick auf die regelmäßig schwachen Teilnehmerzahlen bei Gläubigerversammlungen besteht eine nicht zu unterschätzende Möglichkeit der Verlagerung der Machtverhältnisse auf Minderheiten.

Die Mitbestimmung des Gläubigers ist neben der Gläubigerversammlung auch über das Organ des Gläubigerausschusses möglich. Dieser kann (ggfs. muss<sup>95</sup>) zur Wahrung der Gläubigerrechte bereits im Eröffnungsverfahren (§§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 22a InsO), kann noch vor der ersten Gläubigerversammlung durch das Insolvenzgericht vorläufig (§ 67 Abs. 1 InsO) oder in der Gläubigerversammlung eingesetzt werden (§ 68 Abs. 1 InsO). Während in den „endgültigen“ Gläubigerausschuss selbst Personen bestellt werden können, die keine Gläubiger sind, kann sich der vorläufige Gläubigerausschuss (im Eröffnungsverfahren) nur aus Gläubigern zusammensetzen (§§ 22a Abs. 2, 21 Abs. 2 Nr. 1a, 67 Abs. 2 InsO). Soweit die Stellung als Gläubiger erforderlich ist, konnte also auch im Zeitpunkt der Bestellung des Gläubigerausschusses die konkrete Berechtigung der Gläubigerposition noch nicht abschließend bestimmt werden. Das kann nicht allein mit der Aufgabe des Gläubigerausschusses als insolvenzrechtliches Selbstverwaltungsorgan zur Unterstützung und Überwachung des Insolvenzverwalters erklärt werden (§ 69 Abs. 1 S. 1 InsO). Vielmehr macht sich der Gesetzgeber einerseits die Detailkenntnis der vom Verfahren Betroffenen zunutze, worin andererseits die gesetzlich bezweckte Gläubigerherrschaft, die Maxime zum aktiven Handeln und nicht zuletzt auch die Einordnung des Insolvenzverfahrens seinem Wesen nach als Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung des Schuldners zum Ausdruck, wobei vor allem die Gläubiger untereinander die jeweilige Rechtspositionen (vorläufig) zugestehen und außer Streit stellen können.

Gläubiger gestalten das Insolvenzverfahren also in vielfacher Hinsicht mit und haben eine im Grundsatz weit reichende Entscheidungskompetenz, die sie jedoch nahezu ausschließlich über die Kollektivplattform der Gläubigerversammlung oder/und des Gläubigerausschusses ausüben können. Ihre verbliebene unmittelbar und individuell wirkende Entscheidungsgewalt beschränkt sich daher im Wesentlichen auf die Teilnahme an sich und die Beurteilung der angemeldeten Forderungen (§§ 176, 178 InsO). Dabei ist unerheblich, ob die

---

95 Unter den Voraussetzungen des § 22a InsO ist die Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses fakultativ oder obligatorisch.

eigene Forderung bereits festgestellt<sup>96</sup> oder gar angemeldet<sup>97</sup> wurde. Auch ein Gläubiger einer bestrittenen Forderung kann der Feststellung einer Forderung eines anderen Gläubigers widersprechen. Ansonsten würde die zufällige Reihenfolge der Forderungsprüfung über das Widerspruchsrecht im Prüfungstermin entscheiden.

### 4. Teilhaberecht

Die Insolvenzmasse dient zur Befriedigung der Gläubiger (§ 1 InsO), was regelmäßig Dreh- und Angelpunkt eines jeden Verfahrens ist. Ausfluss dessen ist das Teilhaberecht. Näheres über die Verteilung regeln die §§ 187 ff. InsO. Jedoch werden bei der Verteilung der Insolvenzmasse im Regelverfahren gemäß § 188 InsO nur solche Forderungen berücksichtigt, die im entsprechenden Verteilungsverzeichnis aufgeführt sind. Die Aufnahme in ein Verteilungsverzeichnis setzt wiederum die Anmeldung als auch die Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle voraus. Ziel der Forderungsanmeldung ist deshalb (auch) die Teilhabe an den aus der Masseverwertung realisierten Erlösen.<sup>98</sup> Ein Gläubiger, der seine Forderung nicht anmeldet, hat keine Möglichkeit, bei der Verteilung der Insolvenzmasse zu partizipieren. Dies gilt auch für eine bereits titulierte Forderung, die ohne Anmeldung nicht in ein Verteilungsverzeichnis aufgenommen wird. Gläubiger partizipieren also als Inhaber einer oder besser wegen einer angemeldeten Insolvenzforderung am Verwertungserlös.

### 5. Prüfungsrecht

Allen Insolvenzgläubigern wird – vom spezifischen Widerspruchsrecht des Insolvenzverwalters und in eingeschränkter Form des Schuldners abgesehen – das Recht zugewiesen, die Rechte der einzelnen Gläubiger auf Befriedigung aus der Insolvenzmasse zu prüfen. Der Grund liegt darin, dass ihnen die Masse haftungsrechtlich zugewiesen ist und sie anstelle des Schuldners befugt sind, gegenseitig die konkurrierenden haftungsrelevanten Berechtigungen (Teilhaberechte) an der Masse anzuerkennen.<sup>99</sup> Das Prüfungsrecht wird den Gläubigern in Form eines Widerspruchsrechts gewährt, das jedoch einschränkend nur im Prüfungstermin unter persönlicher Anwesenheit mündlich oder schriftlich

<sup>96</sup> BGH NJW-RR 2005, 278.

<sup>97</sup> Uhlenbruck-InsO/Sinz § 176 Rn. 25; Nerlich/Römermann-InsO/Becker § 176 Rn. 16; MüKoInsO/Riedel, § 176 Rn. 21; a. A.: FK-InsO/Kießner § 176 Rn. 8; Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 546, Rn. 27.

<sup>98</sup> Gerbers/Pape ZInsO 2006, 685 (687); Hess, Insolvenzrecht § 176 Rn. 3 (die Forderungsprüfung ist die Grundlage der Verteilung).

<sup>99</sup> Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 543, Rn. 22.

bzw. ausnahmsweise im schriftlichen Verfahren (§ 5 Abs. 2 InsO) nur schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle wahrgenommen werden kann.

### 6. Vollstreckungsrecht aus der Tabelle

§ 201 InsO normiert das unbeschränkte Nachforderungsrecht der (vormaligen) Insolvenzgläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens für die nicht befriedigten Forderungen und verleiht den Gläubigern mit dem Tabellenauszug auf Antrag einen vollstreckbaren Titel. Jedoch nur für den Fall, dass der (ehemalige) Schuldner im Prüfungstermin nicht widersprochen hat oder sein Widerspruch durch Rücknahme oder Feststellungsurteil beseitigt wurde. Mit Blick auf den Wortlaut des § 178 Abs. 3 InsO („wie“) muss der Titel aber noch im regulären Titulierungsverfahren mit einer Vollstreckungsklausel versehen werden (§§ 724 ff. ZPO).<sup>100</sup> Sind keine Besonderheiten zu beachten, lässt der Gesetzgeber regelmäßig einen Verweis auf die Regeln des Zivilprozesses zu – so auch hier. Denn die Vorschriften der ZPO finden über § 4 InsO Anwendung, da die InsO kein in sich schlüssiges und abschließendes Verfahrensrecht bereithält, vielmehr detaillierte Regelungen nur dort trifft, wo insolvenzspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

### III. Zwischenergebnis

Gläubigerrechte entstehen bzw. bestehen nicht immer erst mit Verfahrenseröffnung oder der Anmeldung der Forderung. So ist nicht die Anmeldung der Schlüssel zu den einzelnen Rechten, sondern die zu Grunde liegende vom Ausfall gefährdete Forderung selbst. Richtig ist zwar, dass die meisten Rechte und Befugnisse eines Gläubigers voraussetzen, dass eine Forderung nach den Vorschriften der InsO angemeldet oder sogar festgestellt wurde.<sup>101</sup> Das gilt aber nicht ausnahmslos.

Ein Gläubiger mit einem persönlichen Leistungsanspruch im Sinne einer Insolvenzforderung gegen den Schuldner, ist Insolvenzgläubiger – unabhängig davon, ob er sich gegen die Teilnahme am Insolvenzverfahren entschieden hat und seine Forderung nicht beim Insolvenzverwalter anmeldet. Insolvenzgläubigerrechte wie Antrags-, Informations- und Anwesenheits- als auch das Teilnahmerecht selbst stellen nur auf die objektive Stellung als Insolvenzgläubiger ab.

<sup>100</sup> Braun-InsO/Pehl § 201 Rn. 11.

<sup>101</sup> Zur Bedeutung der Forderungsanmeldung im Hinblick auf die Gläubigerbefriedigung und Wahrnehmung von Teilnahmerechten: Gerbers/Pape ZInsO 2006, 685 (686).

Hingegen bedingen die Insolvenzgläubigerrechte wie das Mitbestimmungs-, Teilhabe- und Vollstreckungsrecht, dass der Gläubiger seine Forderung zur Insolvenztabelle zunächst angemeldet hat. Für eine Abstimmung in Gläubigerversammlungen ist weiterhin erforderlich, dass sein Insolvenzgläubigerrecht, also Rang und Betrag der Forderung, zur Tabelle festgestellt wurde. Wurde seine Forderung bestritten, muss er sich mit dem Insolvenzverwalter und den erschienenen und stimmberechtigten Gläubigern einigen oder eine gerichtliche Stimmrechtsentscheidung herbeiführen (§ 77 Abs. 2 InsO).

An Vermögensverteilungen partizipiert der Insolvenzgläubiger gleichfalls nur, soweit sein Insolvenzgläubigerrecht zur Insolvenztabelle festgestellt wurde, andernfalls zunächst nur in Form von Rückstellungen, aber auch nur soweit er die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür schafft (§ 189 InsO).

Letztendlich kann nur ein Insolvenzgläubiger, dessen Forderungen festgestellt wurde, aus der Eintragung in die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass ein Widerspruch des Schuldners beim Stimmrecht und bei Vermögensverteilungen noch ohne Konsequenzen blieb, jedoch der Titulierung entgegensteht, sofern der Widerspruch im Zeitpunkt der Aufhebung des Verfahrens nicht beseitigt wurde (§ 201 InsO).

Gegenstand des Feststellungsverfahrens einschließlich des Feststellungsprozesses gemäß §§ 174 ff. InsO ist damit das spezifische und mit Verfahrenseröffnung verselbstständigte Insolvenzgläubigerrecht in seiner jeweiligen Ausprägung. Der persönliche Leistungsanspruch gegen den Schuldner besteht zwar fort, ist aber für die Dauer des Verfahrens nicht durchsetzbar<sup>102</sup> – unabhängig davon, ob der Gläubiger am Insolvenzverfahren teilnehmen möchte.

## B. Abwicklungshindernisse

Die Grundlagen sind nun in Erinnerung gerufen. Vergleicht man jetzt die Abwicklung von Insolvenzverfahren, in denen nur wenige Gläubiger ihre Forderungen angemeldet haben, mit Verfahren, in denen eine Vielzahl von womöglich nur schwer bestimmbareren Forderungen angemeldet wurden, fallen zwei Abwicklungshindernisse ins Auge. Zum einen beanspruchen massenhaft streitige Forderungen natürlich die Kapazitäten des Verwalterbüros insbesondere bei der Tabellenführung und erhöhen die Verfahrenskosten (§ 54 InsO) und – aus Gesichtspunkten des Rechtsgüterschutzes erheblich wesentlicher – tauchen zum anderen Probleme bei der Bestimmung von Stimmrechten in Gläubigerversammlungen auf.

---

102 Kölner Schrift, 2009, *Eckardt*, S. 538, Rn. 10.

## I. Tabellenführung

Der Insolvenzverwalter führt die Insolvenztabelle (§ 175 InsO). Diese Arbeit ist mal mehr, mal weniger mit besonderem Aufwand verbunden. Grundsätzlich gehört die Tabellenführung zu den gesetzlichen Regelaufgaben des Insolvenzverwalters und ist daher auch mit der Regelvergütung abgegolten. Die Rechtsprechung (für Vergütungsfragen) geht von einem Normalverfahren aus, wenn bis zu 100 Gläubiger Forderungen im Verfahren angemeldet haben. Sind mehr Gläubiger vom Insolvenzverfahren betroffen und übersteigt der mit der Tabellenarbeit verbundene Mehraufwand das gewöhnliche Maß, sind Zuschläge anerkannt. Die in der Rechtsprechung anerkannten Zuschläge bei einer großen Zahl von Gläubigern reichen von 5 % bis hin zu 750 %(!).<sup>103</sup> In jedem Fall wird man wohl sagen können, dass eine Vielzahl von Forderungen die Kapazitäten des Verwalterbüros sehr beanspruchen können, erst recht, wenn eine Vielzahl der Forderungen zu bestreiten sind, weil sie nicht ohne weiteres bestimmt werden können. Die Forderungen derjenigen Gläubiger, die vom Insolvenzverwalter bestritten werden, werden nicht zur Tabelle festgestellt (§ 179 Abs. 1 InsO). Soweit der Streit zwischen dem Gläubiger und Insolvenzverwalter auch nachträglich nicht beigelegt werden kann, muss der Gläubiger seine Forderung (genauer Feststellung zur Tabelle) gerichtlich erstreiten. Gläubiger, deren Forderungen hingegen festgestellt werden konnten, harren regelmäßig der Dinge und warten – mit Ausnahme von Sachstandsanfragen, die jedoch häufig auch über das Gläubigerinformationssystem (GIS) über das Internet beantwortet werden können – den Schlusstermin und das Ergebnis des Insolvenzverfahrens ab, so dass der Insolvenzverwalter wenig bis gar keine Arbeit mit der Tabelle hat.

## II. Stimmrechte in Gläubigerversammlungen

Das Stimmrecht bei Gläubigerversammlungen ist eine in der Insolvenzpraxis gerne unterschätzte Problematik.<sup>104</sup> Das Problem wird bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen auf die Spitze getrieben. Nachfolgend werden daher zunächst die Grundsätze für Abstimmungen und anschließend die Probleme bei einer Vielzahl bestrittener Insolvenzforderungen dargestellt.

<sup>103</sup> AG Göttingen DZWIR 1999, 525–526; Zuschlagsfaktor 750 % bei 160.000 Gläubigern, AG Göttingen ZInsO 2009, 688 (688).

<sup>104</sup> Keller NZI 2009, Heft 3, Editorial.



## 1. Grundsätze für Abstimmungen

Das Insolvenzverfahren ist vom Prinzip der Gläubigerautonomie durchzogen. Auch wenn dieser Begriff zunächst einmal wenig Kontur hat, ist damit im Kern gemeint, dass der Gläubiger aktiv das Verfahren mitgestalten soll und, wo es möglich ist, mitbestimmen soll. Dazu erhält ein Insolvenzgläubiger ein Stimmrecht, dessen Wert von der Höhe der angemeldeten Forderungen abhängt. Zunächst gewähren nur die angemeldeten Insolvenzforderungen ein Stimmrecht, die weder vom Insolvenzverwalter noch von einem stimmberechtigten Gläubiger bestritten worden sind (§ 77 Abs. 1 S. 1 InsO). Ein Bestreiten des Schuldners bleibt verständlicherweise ohne Wirkung (§§ 77 Abs. 1 S. 1, 178 Abs. 1 S. 2 InsO). Das Gesetz geht davon aus (vgl. §§ 156 ff. InsO), und die Praxis bestätigt das regelmäßig, dass die wesentlichen Entscheidungen bereits im Berichtstermin gefällt werden. In der Vielzahl der Insolvenzverfahren folgen – vom Schlusstermin mal abgesehen – regelmäßig gar keine weiteren Gläubigerversammlungen mehr. Doch auch in großen Insolvenzverfahren werden regelmäßig die Weichen in den ersten Gläubigerversammlungen zu Beginn des Verfahrens gestellt. In der Regel haben die wesentlichen Gläubiger ihre Forderungen bis zum Ablauf der Anmeldefrist (§ 28 Abs. 1 InsO) angemeldet. Der Gläubiger hat dabei den der Forderung zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt schlüssig darzustellen, so dass es dem Insolvenzverwalter und den anderen Gläubigern möglich ist, über die Berechtigung oder die Nichtberechtigung der Forderung zu entscheiden.<sup>105</sup> Diese Mindestanforderung ist so elementar, dass ein Mangel nur durch eine Neuankmeldung behoben werden kann und vor Erhebung einer Feststellungsklage ein Prüfungstermin durchzuführen wäre.<sup>106</sup> Verbindlichkeiten gegenüber Banken, Arbeitnehmern und aus Lieferungen und Leistungen stellen bei Unternehmen in den meisten Fällen einen wesentlichen Anteil der Schuldenmasse dar. In der Regel kann der Forderungsgrund und die Forderungshöhe über Verträge und Abrechnungen hinreichend belegt werden, so dass bereits im Berichtstermin ein guter Überblick über die Berechtigung der Forderungen und der gesamten Schuldenmasse besteht und nur wenige Forderungen streitbefangen sind.

Gläubiger einer bestrittenen Forderung haben im Grundsatz kein Stimmrecht. Eine rechtskräftige Entscheidung, durch die eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt wird, die gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern wirkt (§ 183 Abs. 1 InsO), konnte noch nicht ergehen. Denn ohne das Prüfungsergebnis kann der Gläubiger keine Feststellungsklage erheben; sie ist eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Jene Gläubiger sind jedoch von der Abstimmung nicht per se ausgeschlossen – was

105 BGH ZInsO 2009, 381; Braun-InsO/*Specovius* § 174 Rn. 25.

106 BGH ZInsO 2009, 381; ZIP 2003, 2379; MüKoInsO/*Riedel* § 174 Rn. 26.



mit Blick auf den zu gewährleistenden Rechtsgüterschutz, insbesondere die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes wohl auch kritisch zu sehen wäre. Denn auch vor dem Hintergrund, dass das Bestreiten einer Forderung zu Beginn des Verfahrens regelmäßig nur eine Momentaufnahme<sup>107</sup> ist, weil einzelne Aspekte noch ungeklärt sind (bspw. Belege nachgereicht werden müssen, etc.), eröffnet die InsO eine Möglichkeit, auch mit einer bestrittenen Forderung an Abstimmungen teilnehmen zu können. Besteht über eine Forderung Streit, gewährt § 77 Abs. 2 InsO einem Gläubiger ein Stimmrecht, soweit sich der Insolvenzverwalter und die erschienenen stimmberechtigten Gläubiger in der Gläubigerversammlung über das Stimmrecht einigen konnten (Einigungsverfahren). Andernfalls entscheidet das Insolvenzgericht über das Stimmrecht (Stimmrechtsentscheidung).

Für die Entscheidung ist das Insolvenzgericht in der Person des verfahrensleitenden Rechtspflegers zuständig (§ 3 Nr. 2 lit. e) RPflG).<sup>108</sup> Die Entscheidung des Insolvenzgerichts ergeht in der Form eines Beschlusses, der mangels ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung (vgl. § 6 Abs. 1 InsO) unanfechtbar ist. Danach unterliegen Entscheidungen des Insolvenzgerichts nur in den Fällen einem Rechtsmittel, in denen die InsO die sofortige Beschwerde vorsieht. Auch eine Erinnerung nach § 11 Abs. 2 S. 1 RPflG, die gegen Entscheidungen stattfindet, gegen die nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften kein Rechtsmittel eingelegt werden kann, ist unzulässig (§ 11 Abs. 3 S. 2 RPflG). Denn danach ist gerade auch die Erinnerung gegen Entscheidungen über die Gewährung eines Stimmrechts (§ 77 InsO) ausgeschlossen.

Den Anwesenden verbleiben 2 Möglichkeiten. Sie können beantragen, dass das Gericht seine Entscheidung ändert (§ 77 Abs. 2 S. 3 InsO). Kommt das Gericht dem Antrag nicht nach, bleibt der Beschluss bestehen. Im Übrigen können Gläubiger oder der Insolvenzverwalter nur erreichen, dass die Stimmrechtsentscheidung des Rechtspflegers durch den Richter überprüft wird, sofern sich die Stimmrechtsentscheidung des Rechtspflegers auf das Ergebnis der Abstimmung auswirkte (§ 18 Abs. 3 RPflG). In diesem Fall kann der Richter das Stimmrecht neu festsetzen und die Wiederholung der Abstimmung anordnen. Mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsklarheit und des beschleunigten Verfahrens muss der Antrag bis zum Schluss des Termins gestellt werden, in dem die Abstimmung stattfand.

107 Vor allem bei Großinsolvenzen mit vielen Forderungsanmeldungen werden Forderungen vom Insolvenzverwalter im Prüfungstermin zunächst „vorläufig bestritten“. Das „vorläufige Bestreiten“ stellt ein vollwirksames Bestreiten im Sinne der InsO dar.

108 Zu den Besonderheiten im Planverfahren, nämlich die Zuständigkeit des Insolvenzrichters für Abstimmungen über einen Insolvenzplan, siehe Kapitel 6.

## 2. Gefährdung der Gläubigerautonomie bei massenhaft streitigen Forderungen

Bereits die Durchführung einer Gläubigerversammlung in Verfahren mit zahlreichen Forderungsanmeldungen ist in organisatorischer Hinsicht überaus anspruchsvoll. So bspw. im Insolvenzverfahren über das Vermögen der PROKON Regenerative Energien GmbH<sup>109</sup>, in dem – öffentlichen Medienberichten zufolge – eine der größten Gläubigerversammlung der deutschen Wirtschaftsgeschichte zu organisieren war. Bspw. war unklar, wie viele Gläubiger tatsächlich erscheinen bzw. wie viele sich vertreten lassen werden. Die Gläubigerversammlung fand daher in großen Messehallen statt, in denen nach öffentlichen Medienberichten etwa 13.000 Gläubiger Platz gefunden hätten. Von den 75.000 Gläubigern erschienen tatsächlich „nur“ etwa 7.000, die nach Angaben einer Gerichtssprecherin etwa 29.600 Gläubiger vertraten.

Zu dieser organisatorischen Herausforderung treten bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen rechtliche Problem hinzu. Da unklar ist, ob und in welcher Höhe der Gläubiger berechnigte Forderungen geltend machen kann, hat der Gläubiger mangels Bezugspunkt zunächst auch kein Stimmrecht. Und bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen hätte deshalb die Mehrheit kein Stimmrecht. Die Gläubigerautonomie im Sinne des Mitgestaltungsprivilegs liefe faktisch leer. Bedenkt man, dass es die Gläubiger sind, die Fehlentscheidungen zu verantworten haben, wäre es sehenden Auges ein unangemessener Eingriff in (wenn auch bestrittene) Gläubigerrechte (Art. 14 Abs. 1 GG), würden für diese keine Stimmrechte gewährt werden – schließlich wollen sie aktiv am Verfahren teilnehmen und bleiben nicht untätig fern. Das Problem ist nun evident. In Fällen, in denen nicht nur eine Vielzahl von Gläubigern betroffen, sondern zudem auch eine wesentliche Anzahl von Insolvenzforderungen zu bestreiten sind, gelangt die InsO an ihre Grenzen. Dem Insolvenzverwalter, der im Vorfeld einer Gläubigerversammlung versuchen möchte, eine etwaige Einigungsbereitschaft auszuloten, fehlen Mittel und Wege, auf breiter Basis das Potenzial einer Einigung in der Versammlung abwägen zu können. Doch auch das andere Extrem ist möglich, da der Insolvenzverwalter ggfs. die Gläubiger gar motivieren muss, damit diese überhaupt zur Versammlung erscheinen, in Kenntnis der gesetzlichen Ausgangslage. Denn ein automatisches Stimmrecht per Gesetz existiert nicht. Vielmehr muss der Gläubiger erscheinen bzw. sich vertreten lassen und formal sein Stimmrecht beantragen. Doch eine Einigung auf ein bestimmtes Stimmrecht gemäß § 77 Abs. 2 S. 1 InsO erscheint allein ab einer bestimmten Teilnehmerzahl und der Vielzahl der betroffenen Fälle von vornherein ausgeschlossen. In solchen Konstellationen wird daher eine Einigung unter allen Anwesenden von vornherein aussichtslos sein. Die insolvenzgerichtliche Praxis hat bereits gezeigt und diesen Eindruck bestätigt, dass ein

---

109 Das Insolvenzverfahren wurde am 1.5.2014 eröffnet (AG Itzehoe – 28 IE 1/14).

Einigungsversuch in der Gläubigerversammlung in solchen Fällen unterbleiben kann.<sup>110</sup> Selbst aktive Gläubiger können also nicht darauf vertrauen, allein mithilfe des Einigungsverfahrens oder mittels gerichtlicher Entscheidung ein Stimmrecht in Höhe der angemeldeten Forderung zu erhalten. Denn trifft letztendlich das Insolvenzgericht eine Stimmrechtsentscheidung, ist auch diese aufgrund des Antragsrechts (§ 77 Abs. 2 S. 3 InsO), jedenfalls bei einer Entscheidung des Rechtspflegers nach § 18 Abs. 3 RPflG, störanfällig.

### **C. Verteilungshindernisse bei unbestimmbarer Passivmasse**

Das Vermögen kann im Insolvenzverfahren zu unterschiedlichen Zeitpunkten und darüber hinaus im Planverfahren – auf das später detailliert eingegangen wird – auf verschiedene Art und Weise verteilt werden. Im Regelverfahren ist der Insolvenzverwalter aber nur in zeitlicher Hinsicht flexibel. Mithilfe einer kurzen Darstellung der Ausgangslage im zugrunde liegenden Verfahren Phoenix und der Grundsätze für Verteilungen im Regelverfahren werden die Probleme bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen offenkundig. Jene Verteilungshindernisse erwachsen zu einer umfassend wirkenden Verfahrensbremse, die den Abschluss des Verfahrens erheblich verzögert. Den Beteiligten stehen nur bedingt insolvenzrechtliche Hilfestellungen zur Verfügung, die im Anschluss untersucht werden.

#### **I. Das „Phoenix-Szenario“ – Der Wunsch einer frühzeitigen Vermögensverteilung**

Der Insolvenzverwalter sah sich im Verfahren Phoenix frühzeitig in der Lage, einen erheblichen Geldbetrag (etwa 200 Mio. EUR) an die Insolvenzgläubiger zu verteilen. Jedoch stand fest, dass die insolvenzrechtliche Aufarbeitung des Betrugssystems aufgrund der erheblichen kriminellen Energie (trotz der recht zügigen strafrechtlichen Ahndung) mehrere Jahre in Anspruch nehmen wird, weshalb eine Verteilung erst bei Beendigung des Insolvenzverfahrens nicht geboten und interessengerecht erschien. Durch die frühzeitig beschlagnahmten Gelder konnte keine Zeit dadurch gewonnen werden, dass die Insolvenzmasse erst durch ggfs. Jahre andauernde Verwertungsmaßnahmen des Vermögens hätte generiert werden müssen (bspw. langwierige Anfechtungsprozesse), weshalb die Konflikte rund um die Bestimmung der Schuldenmasse sich verschärften. Der Insolvenzverwalter prüfte daher frühzeitig die Möglichkeiten einer Verteilung.

---

<sup>110</sup> AG Itzehoe, ZIP 2014, 1545.

## II. Grundsätze für Verteilungen im Regelverfahren

Die Insolvenzmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO). Sie erfolgt im Regelverfahren in Form von Vermögensverteilungen nach einem fest vorgeschriebenen Mechanismus, die – mit Ausnahme der Eigenverwaltung – stets der Insolvenzverwalter durchführt, entweder durch Auszahlung der Quoten oder in bestimmten Fällen in Form von Rückstellungen durch das Separieren von Beträgen.

### 1. Überblick über Verteilungswege

Verteilungen sind im zeitlichen Bezug relativ flexibel geregelt, um den Insolvenzgläubigern die erzielten Verwertungserlöse möglichst schnell zukommen zu lassen.<sup>111</sup> Dem geschuldet unterscheidet das Gesetz zwischen der Abschlags-, der Schluss- und der Nachtragsverteilung. Im zeitlichen Bezug handelt es sich bei der Abschlagsverteilung um eine Verteilung während des Verfahrens, bei der Schlussverteilung um eine Verteilung kurz vor Beendigung des Verfahrens und bei einer Nachtragsverteilung um eine Verteilung nach Abschluss und Beendigung des Verfahrens. Daneben besteht die Möglichkeit, Verteilungen auch mithilfe eines Insolvenzplans durchzuführen. Die Durchführung der Verteilung hätte dann den Vorgaben des Insolvenzplans zu folgen, die an die Stelle der §§ 187 ff. InsO treten.<sup>112</sup> Diese können individuell ausgestaltet werden, was an dieser Stelle noch nicht näher untersucht werden soll.<sup>113</sup>

Die Abschlagsverteilung ist eine vorweggenommene Teilausschüttung<sup>114</sup> der Insolvenzquote durch den Insolvenzverwalter, auch wenn das Insolvenzverfahren selbst noch nicht abschlussreif ist. Sie erfolgt also noch vor der Feststellung der endgültigen Quote. Anteilige Verteilungen an die Insolvenzgläubiger können stattfinden, sooft hinreichende Barmittel in der Insolvenzmasse vorhanden sind (§ 187 Abs. 2 InsO). Der Begriff der hinreichenden Barmittel ist nicht definiert. Eine Mindestquote kennt das Gesetz jedenfalls nicht.<sup>115</sup> Die Entscheidung für eine Abschlagsverteilung trifft der Insolvenzverwalter nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei aus dem Gesichtspunkt von Aufwand und Kosten eine Abschlagsverteilung im Zweifel unterbleibt, wenn das Insolvenzverfahren alsbald abgeschlossen werden kann.

Wie bereits die Begrifflichkeit vermuten lässt, verhält es sich bei der Schlussverteilung anders. Diese erfolgt erst, sobald die Verwertung der Insolvenzmasse beendet ist (§ 196 InsO). Die Schlussverteilung bestimmt abschlie-

111 Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2007, S. 186, Rn. 7.60.

112 LG Berlin ZInsO 2012, 326; Jaeger-InsO/Meller-Hannich § 187 Rn. 6.

113 Details sind dem 7. Kapitel vorbehalten.

114 Uhlenbruck-InsO/Uhlenbruck, 13. Aufl. 2010, § 187 Rn. 3.

115 Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 187 Rn. 9.

ßend, in welchem Verhältnis die einzelnen Gläubiger befriedigt werden, weshalb das Gericht der Schlussverteilung zustimmen muss. Darüber hinaus muss das Gericht einen Schlusstermin – vom schriftlichen Verfahren abgesehen eine letzte Gläubigerversammlung – bestimmen (§ 197 InsO), in der die Gläubiger ihre Rechte wahrnehmen können.

Die Nachtragsverteilung ermöglicht den Gläubigern demgegenüber den Zugriff auf Vermögensteile des Schuldners, die der Insolvenzmasse zuzuordnen sind, aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen in die Schlussverteilung nicht einbezogen werden konnten.<sup>116</sup>

## 2. Berücksichtigung festgestellter und bestrittener Forderungen

Hinsichtlich der Frage, wer von einer Verteilung gleich welcher Art profitieren kann, beschreibt das Gesetz ein spezielles Prozedere. Vor einer Verteilung hat der Insolvenzverwalter ein Verzeichnis der Forderungen aufzustellen, die bei der anstehenden Verteilung zu berücksichtigen sind (§ 188 InsO). Grundlage des Verteilungsverzeichnisses im Regelverfahren ist die Insolvenztabelle, aus der alle geprüften und festgestellten Forderungen zu übertragen sind.<sup>117</sup> Sie nehmen uneingeschränkt und vorbehaltlos an Verteilungen teil. Die Aufnahme noch ungeprüfter Forderungen ist unzulässig.<sup>118</sup> Für angemeldete, aber im Prüfungstermin bestrittene Forderungen gilt hingegen § 189 InsO, wobei zu unterscheiden ist, ob für die bestrittene Forderung bereits ein Titel vorliegt oder nicht. Die bestrittenen nicht titulierten Forderungen werden gemäß § 189 InsO nur berücksichtigt, wenn dem Insolvenzverwalter innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung im Sinne des § 188 S. 3 InsO nachgewiesen wird, dass und für welchen Betrag Feststellungsklage erhoben oder ein anhängiger Rechtsstreit aufgenommen wurde.

In Bezug auf bestrittene Forderungen, für die aber ein Titel vorgelegt wurde, hat das Gesetz hingegen offen gelassen, in welcher Weise sie zu berücksichtigen sind. Die Norm des § 189 InsO, die ausweislich der Überschrift die Berücksichtigung bestrittener Forderungen regeln soll, erfasst vom Wortlaut nur nicht titulierte Forderungen, deren Berücksichtigung zuvor beschrieben wurde. Nach § 179 Abs. 2 InsO obliegt es jedoch dem Bestreitenden, den Widerspruch einer bereits titulierten Forderung zu verfolgen. Der Titelinhaber bleibt untätig. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass es sich um ein

116 Braun-InsO/Kießner § 203 Rn. 1.

117 FK-InsO/Kießner § 188 Rn. 3; MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebeke/Schwarzer § 188 Rn. 3.

118 Gerbers/Pape ZInsO 2006, 685 (686).

Redaktionsversehen handelt.<sup>119</sup> Weil also Gläubiger der titulierten Forderung den Widerspruch nicht verfolgen müssen, geht man einhellig davon aus, dass im Zeitpunkt der Niederlegung des Verteilungsverzeichnisses die bestrittenen titulierten Forderungen im Verteilungsverzeichnis bereits zu berücksichtigen sind. Das bedeutet aber zunächst nur, dass die Forderungen im niedergelegten Verteilungsverzeichnis aufgenommen werden. Geht der Bestreitende nach Maßgabe des § 189 InsO gegen den Titel vor, d. h. er erhebt Feststellungsklage und weist dies dem Insolvenzverwalter nach, erfolgt auf die titulierte Forderung keine Auszahlung der Quote, sondern der auf die Forderung entfallende Anteil wird bei der Verteilung zurückbehalten, solange der Rechtsstreit geführt wird. Dieser Weg entspricht dem Sinn und Zweck des Feststellungsverfahrens, den Ausgang des Prozesses abzuwarten und erst dann ggf. Auszahlungen vorzunehmen.<sup>120</sup> Die Lösung ist sachgerecht und berücksichtigt jedenfalls angemessen die Interessen des Titelinhabers, da seine Quote zurückgestellt und, auch wenn nicht verzinst, jedenfalls nicht verloren gehen kann.

### 3. Blick in die Praxis und auf den Ausgangsfall

Eine Abschlagsverteilung ist formal auf dem Papier nahezu immer möglich, wenn Gelder vorhanden sind und sämtliche Masseverbindlichkeiten beglichen werden können. Im Fall Phoenix hätte bspw. zumindest das Guthaben, das von der Schuldnerin im sogenannten NOSTRO-Bereich verwaltet wurde, das also unbestritten keinen Aussonderungsrechten unterfiel, ausgeschüttet werden können. Eine Abschlagsverteilung war jedoch mit unkalkulierbaren Haftungsrisiken verbunden. Denn der Insolvenzverwalter konnte aufgrund der Probleme bei der Bestimmung der Vielzahl von Gläubigerforderungen nicht auf eine gesicherte Verteilungsgrundlage zurückgreifen, weil ein wesentlicher Teil der Forderungen, nämlich die der Anleger, bestritten war. Der Insolvenzverwalter lief somit Gefahr, einen bei einer Abschlagsverteilung erkennbar ungerechten Verteilungsmaßstab im Vergleich zur Schlussverteilungsquote anzuwenden.

Mehr noch: bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen – möchte der Insolvenzverwalter ein Verteilungsverzeichnis aufstellen – ist es sinnbildlich leer, weil keine festgestellten Forderungen übertragen werden können. Hier beginnen die Verteilungsprobleme und wie sich zeigen wird, hält die InsO nur unzureichende Korrektur- und Einflussnahmemöglichkeiten bereit, diesen

---

119 Kölner Schrift, 2000, Eckardt, S. 779, Rn. 64; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 13; Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 189 Rn. 18.

120 Kölner Schrift, 2000, Eckardt, S. 779, Rn. 64; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 13.

Konflikt zu lösen und Verteilungen zu ermöglichen, ohne das Verfahren unangemessen zu verzögern.<sup>121</sup>

Im Fall Phoenix kam erschwerend hinzu, dass weder der Insolvenzverwalter noch die Geschädigten sich um eine Einzellösung bemühten (bspw. über eine vergleichsweise Einigung die Rücknahme des Widerspruchs zu erzielen) – ganz im Vertrauen auf die angestrebte aber im Ergebnis gescheiterte Kollektivlösung mithilfe eines Insolvenzplans. Doch auch diejenigen Gläubiger, die von Anfang an einer planweisen Regulierung ablehnend gegenüber standen, konnten<sup>122</sup> oder wollten<sup>123</sup> keine Einzellösung herbeiführen, was vor dem Hintergrund der erheblichen Tragweite der Rechtsprobleme und unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Verfahrensdauer in Deutschland bei Ausschöpfung des Instanzenzuges von bis zu 10 Jahren verständlich war.

Die Mehrheit der Gläubiger im Verfahren Phoenix war deshalb einigungsbereit und wollte auf einen Teil ihrer (streitigen) Rechtsposition verzichten, jedoch nur sofern und soweit eine für alle verbindliche Lösung gefunden wird.

### III. (Unzureichende) Korrektur- und Einflussnahmemöglichkeiten

Den Beteiligten stehen verschiedene insolvenzrechtliche Hilfestellungen zur Verfügung, die – wie nachfolgend dargestellt – jedoch den weitreichenden Wirkungen des Problems nicht hinreichend Rechnung tragen.

#### 1. Möglichkeiten des Gerichts

Wie bereits dargestellt, haben – von wenigen Ausnahmen abgesehen – im Grundsatz allein Gläubiger und Schuldner das Recht, ein Insolvenzverfahren zu beantragen (§ 13 Abs. 1 InsO). Insoweit herrscht die Dispositionsmaxime. Ist das Insolvenzverfahren bei Gericht anhängig und zugelassen worden, so wird die Dispositionsmaxime für das weitere Verfahren weitgehend vom Untersuchungsgrundsatz und dem Amtsbetrieb verdrängt und es findet eine

121 Eine Besonderheit im Verfahren Phoenix bestand darin, dass auf die EdW Forderungen der Anleger gegen Phoenix übergegangen sind, und zwar in Höhe der geleisteten Entschädigungszahlungen. Vor Durchführung einer Abschlagsverteilung hätte also auch das Entschädigungsverfahren der EdW abgeschlossen oder eine Vereinbarung getroffen werden müssen, die sicherstellt, dass vor Auszahlungen der EdW geprüft wird, ob der Anspruch durch Erfüllung durch die Abschlagsverteilung der Insolvenzmasse zusteht.

122 Die spätere Beschwerdeführerin im Planverfahren Phoenix sah sich aufgrund der unklaren Kontenstruktur auch nicht in der Lage, ihre Rechte hinreichend darzustellen und zu belegen.

123 Für die EdW brachte ein längeres Verfahren mehr Vor- als Nachteile.



Kompetenzkonzentration beim Insolvenzgericht und beim Insolvenzverwalter statt.<sup>124</sup> Nach § 5 Abs. 1 S. 1 InsO hat das Insolvenzgericht von Amts wegen alle Umstände zu ermitteln, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sind. Das klingt vielversprechend. Für das Eröffnungsverfahren bedeutet das zunächst, dass das Insolvenzgericht festzustellen hat, ob ein Eröffnungsgrund (§§ 17–19 InsO) vorliegt und ob eine die Kosten des Verfahrens deckende Masse vorhanden ist. Hierzu bedient das Insolvenzgericht sich regelmäßig eines Sachverständigen (§ 5 Abs. 1 S. 2 InsO). Dieser prüft auch die Eröffnungsgründe, wobei Zahlungsunfähigkeit wie auch Überschuldung wiederum notwendigerweise voraussetzen, dass der Schuldner überhaupt eine (oder mehrere) Leistung(en) schuldet. Besteht also eine „besondere“ Prüfungspflicht bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen, da ihr „Nichtbestehen“ Auswirkungen auf die Eröffnung des Verfahrens haben könnte? Nein. Streitige Verbindlichkeiten sind zwar zu „bewerten“, jedoch sind sie nur mit einem dem Grad der Wahrscheinlichkeit ihres Bestehens entsprechenden Prozentsatz im Liquiditätsplan oder in der Überschuldungsbilanz zu berücksichtigen – im Falle der Zerschlagung aus Gläubigerschutzgründen gar regelmäßig in voller Höhe.<sup>125</sup> Für weitergehende Prüfungsanforderungen besteht weder eine Kompetenz des Sachverständigen, respektive des Insolvenzgerichts, noch mit Blick auf Sinn und Zweck des Eröffnungsverfahrens ein Bedürfnis, um dieses nicht zu überfrachten. Auch soweit das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt, ergibt sich kein anderes Bild.

Wird das Insolvenzverfahren schließlich als Regelverfahren eröffnet, so ernennt das Insolvenzgericht einen Insolvenzverwalter (§ 27 Abs. 1 S. 1 InsO), auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergeht (§ 80 InsO). Der Staat betreut das Vermögen also nicht selbst, sondern lässt das fremde Vermögen durch eine von ihm bestellte Person verwalten. Das Recht der Delegation bedingt die Pflicht der Aufsicht<sup>126</sup>, weshalb der Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht beaufsichtigt und kontrolliert wird (§ 58 InsO). Das Insolvenzgericht repräsentiert jedoch keine Interessen, sondern wird nach Auffassung des Gesetzgebers zum „Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens“.<sup>127</sup> Als Pendant dazu hat er die Aufgaben und Pflichten des Insolvenzverwalters konkretisiert und umfassend geregelt.<sup>128</sup> Nur in besonderen Fällen hat der Gesetzge-

124 Uhlenbruck-InsO/Pape § 5 Rn. 1.

125 Schmidt/Roth ZInsO 2006, 236 (241).

126 § 58 Abs 1 S. 1 InsO ist Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes der Überwachungspflicht bei Übertragung von Aufgaben: Uhlenbruck-InsO/Vallender § 58 Rn. 1.

127 BT-Drs. 12/2443, 80.

128 Zu den Korrektur- und Einflussnahmemöglichkeiten des Insolvenzverwalters siehe III, 3.



ber die Aufsicht um eine Zustimmung des Insolvenzgerichts erweitert<sup>129</sup> oder dem Insolvenzgericht eine eigenständige Entscheidungskompetenz wie bei der gerichtlichen Stimmrechtsentscheidung – auf die später noch einmal eingegangen wird – eingeräumt. Eine Rückübertragung der grundsätzlichen Aufgaben ist damit nicht verbunden. Die Korrektur- und Einflussnahmemöglichkeiten des Gerichts sind nicht nur allgemein begrenzt, sondern bieten auch in Bezug auf das hier zu erörternde Problem keinen Lösungsansatz. Die Suche ist nun bei denen fortzusetzen, die es angeht, nämlich bei den Gläubigern.

### 2. Möglichkeiten der Gläubiger

Wir erinnern uns. Das System eigenverantwortlicher Schuldenregulierung ist zusammengebrochen. Das Insolvenzverfahren wurde beantragt und eröffnet und die Gläubiger dadurch vor vollendete Tatsachen gestellt. Vor der Insolvenz bemühten sich die Gläubiger, ihre Forderungen möglichst vollständig beizutreiben, woran sich mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichts ändert. Jedoch hat die Insolvenz das Konkurrenzverhalten unter den Gläubigern beendet, da die Gläubiger keine Möglichkeit mehr haben, ihr Forderungsrecht individuell zu verwirklichen, was wiederum zu einem gewissen „Kooperationsdruck“ führt. Die Gläubiger werden mit ihren Forderungen zwangsvergemeinschaftet<sup>130</sup> und werden allzu häufig auch (trotz des Kooperationsdrucks aufgrund der Einzelinteressen wohl unzutreffend) als schlichte Interessengemeinschaft bezeichnet.<sup>131</sup> Diese Gemeinschaft basiert zwar auf dem unbeschränkten subjektiven Haftungsrecht der einzelnen Gläubiger, wird jedoch begrenzt durch das gemeinschaftliche Verwertungsrecht an der allen Gläubigern zugewiesenen (beschränkten) Haftungsmasse. Die dem Haftungsrecht zu Grunde liegende individuelle Forderung im Sinne eines materiellen Leistungsanspruchs tritt, soweit sie eine Insolvenzforderung darstellt, nur als Schlüssel zu einzelnen Gläubigerrechten zu Tage – den insolvenzrechtlich modifizierten und selbstständigen Insolvenzgläubigerrechten.

---

129 So ist bspw. eine Schlussverteilung oder die Stilllegung des Betriebes im Eröffnungsverfahren nur mit Zustimmung des Insolvenzgerichts zulässig (§ 196 Abs. 2, § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 InsO).

130 Heukamp ZInsO 2007, 57 (57); Grell/Klockenbrink DB 2014, 2514 (2516); Hänel, Gläubigerautonomie, S. 63; Holzer, Entscheidungsträger, 2004, S. 146, Rn. 699.

131 Holzer, Entscheidungsträger, 2004, S. 146, Rn. 699; auch Oelrichs, Gläubigermitwirkung und Stimmverbote, 1999, S. 14

**a) Einigung nach Widerspruch**

Besteht Streit über die Berechtigung der Forderung, ist es selbstverständlich, dass Unklarheiten einvernehmlich im Wege des Dialogs ausgeräumt werden können. Ein einmal erhobener Widerspruch kann deshalb durch schlichte Rücknahme durch den Insolvenzverwalter oder den Gläubiger beseitigt werden. Während ein Widerspruch des Schuldners hinsichtlich der Feststellung zur Tabelle gänzlich ohne Wirkung bleibt, gilt die Forderung im Übrigen nach der Rücknahme als festgestellt, als wäre niemals ein Widerspruch erhoben worden (§ 178 Abs. 1 S. 1 InsO).

**b) Die Gläubigerversammlung: geeignetes Forum zur Vergemeinschaftung der Gläubigerinteressen?**

Im Insolvenzverfahren beeinflussen die Gläubiger die Realisierung des Verwertungsrechts und treffen in diverser Hinsicht richtungsweisende (Mehrheits-)Entscheidungen. Das Forum für die Teilnahme am staatlichen Prozess des Insolvenzverfahrens auf kollektiver Ebene ist die Gläubigerversammlung, in der die Gläubigergemeinschaft ihren (Mehrheits-)Willen äußert. Die Gläubigerversammlung ist ein „Organ insolvenzrechtlicher Selbstverwaltung“.<sup>132</sup> Weil aber nur im entfernten Sinne die Versammlung den geordneten Ablauf der Rechtsbeziehungen der Gläubiger untereinander sichert, ist sie jedoch kein Organ der Rechtspflege.<sup>133</sup> Vielmehr verwirklichen die Gläubiger ihre Kontroll- und Mitwirkungsrechte und koordinieren Maßnahmen über Verhandlungen, treffen wesentliche Entscheidungen über den Verlauf des Insolvenzverfahrens und fassen Mehrheitsbeschlüsse. Die Gläubigerversammlung ist so das zentrale Instrument zur praktischen Umsetzung der Gläubigerautonomie<sup>134</sup>, und führt letztendlich zu einer Enthftung des Staates für wirtschaftliche Fehlentscheidungen.<sup>135</sup>

Gläubiger nehmen ihre privaten Interessen jedoch (kaum<sup>136</sup>) wahr. Ursächlich für die regelmäßig schwache Mitwirkung könnte die durchschnittlich zu erwartende niedrige Quote im unteren einstelligen Prozentbereich sein, wodurch die Gläubiger Aufwand und Ertrag der Teilnahme am Verfahren nicht in einem angemessenen Verhältnis bringen können. Andererseits könnte dieses Verhalten Ausdruck der Diversität der Gläubigerstruktur sein, der einen Gleichlauf der Interessen der Gläubigergemeinschaft von Anfang an unmöglich macht. Denn die individuellen Interessen der Gläubiger sind gleich geblie-

132 Braun-InsO/Herzig § 74 Rn. 1; zur KO: Pape ZIP 1990, 1251 (1251).

133 Uhlenbruck-InsO/Knof § 74 Rn. 5; Jaeger-InsO/Gerhardt § 74 Rn. 2.

134 Ehricke NZI 2000, 57 (57).

135 Holzer, Entscheidungsträger, 2004, S. 147, Rn. 703.

136 Zeuner NJW 2007, 2952 (2952); zur KO: Pape ZIP 1990, 1251 (1251).

ben, und ein Kollektivbewusstsein kann keinesfalls unterstellt werden. Deshalb sollte der Begriff der Kollektivierung von Interessen nicht so sehr belastet werden. Kollektivierung meint in diesem Zusammenhang lediglich den organisierten Zusammenschluss von unorganisierten Gläubigern. Nach diesem Verständnis werden nicht die Interessen der Gläubiger, sondern zunächst einmal nur die Gläubiger bzw. das Handeln kollektiviert. Jeder Gläubiger, ob gesichert oder ungesichert, verfolgt weiterhin seine eigenen Interessen, wohl stets dahingehend, einen maximalen Anteil am Verwertungserlös zu erhalten bzw. seinen Ausfall zu reduzieren.<sup>137</sup> Nur Gläubigerinteressen sind dabei entscheidend – was durch § 78 InsO veranschaulicht wird – weshalb in legitimer Weise bspw. soziale Gesichtspunkte mit Blick auf Arbeitsplätze unberücksichtigt bleiben können.<sup>138</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn tausende Gläubiger aufeinandertreffen. Ganz im Gegenteil, Gläubiger müssen befürchten, Zugeständnisse für andere Gläubiger oder Gläubigergruppen machen zu müssen, die den eigenen Erfolg schmälern und auf die sie bei der Vielzahl von Gläubigern keinen Einfluss mehr haben. Zugeständnisse sind immer eine Form der Einigung, die wegen der zuvor genannten Gegensätze kaum die Zustimmung aller Gläubiger findet. Genau deshalb erfordern Entscheidungen der Gläubigerversammlung keine einstimmige Willensentscheidung, andernfalls würde das Insolvenzverfahren wegen der zumeist widerstreitenden Interessen undurchführbar werden. Daher wird in der Gläubigerversammlung ein Mehrheitsbeschluss gefasst. Die Minderheit hat sich dann der Mehrheit unterzuordnen und muss die Beschlüsse gegen sich gelten lassen. Wie auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gläubigerrechte einschränkt, werden auch durch diese Mehrheitsentscheidungen die Rechte der Minderheit beschnitten. Ein Beschluss der Gläubigerversammlung kommt bereits dann zu Stande, wenn die Summe der Forderungsbeträge der zustimmenden Gläubiger mehr als die Hälfte der Forderungsbeträge der abstimmenden Gläubiger beträgt (§ 76 Abs. 2 InsO).

Neben der hauptsächlich überwachenden und begleitenden Funktion des Insolvenzgerichts besitzt die Gläubigerversammlung die höchste Legitimation im gesamten Insolvenzverfahren.<sup>139</sup> Deshalb fragt sich, ob dieses Organ als Sprachrohr der Gläubigergemeinschaft gesetzlich legitimiert ist, auf das Anmelde- und Feststellungsverfahren Einfluss zu nehmen, um im Ergebnis den Weg für eine Verteilung bei massenhaft streitigen Forderungen im Regelverfahren freizumachen.

137 MüKoInsO/Ehrlicke § 74 Rn. 7; Hess, Insolvenzrecht § 76 Rn. 35.

138 FA-InsR/Bruder S. 151 Rn. 286.

139 Hiebert ZInsO 2015, 113 (113).

### c) Reichweite der Befugnisse

Ist die Gläubigerversammlung aufgrund des zwangsweisen Zusammenschlusses gesetzlich legitimiert, auf Individualrechte der einzelnen Gläubiger im Rahmen des Regelverfahrens zuzugreifen bzw. diese zu modifizieren? Die Antwort lautet nein. Die Befugnisse der Gläubigerversammlung als Organ der Gläubigergemeinschaft können dem Gesetz entnommen werden.<sup>140</sup> Die Aufzählung ist abschließend. Und über das Gesetz hinausgehende Kompetenzen hat die Gläubigerversammlung nicht.<sup>141</sup> So sind der Gläubigerversammlung zwar elementare, das gemeinschaftliche Verwertungsrecht betreffende, aber eben nicht alle denkbaren Aufgaben vom Gesetz zugewiesen.<sup>142</sup> Der gesetzliche Aufgabenkatalog sieht keine Möglichkeit vor, die einzelne Gläubigerforderung, die formal über das Anmelde- und Feststellungsverfahren angemeldet und zur Tabelle festgestellt wird, über die Gläubigerversammlung zu bestimmen oder zu modifizieren.

Die Gläubiger haben über den gesetzlichen Katalog hinaus auch kein „Aufgabenfindungsrecht“. Das ist auch deshalb schon nicht möglich, weil die Insolvenz nur das Haftungsrecht der Gläubiger tangiert. Rechte und Befugnisse, die nicht das gemeinschaftliche (Verwertungs-)Recht betreffen (§ 1 InsO!), können durch die Gemeinschaft über Entscheidungen im Regelverfahren auch nicht bestimmt werden. Diese Sphäre liegt außerhalb des rechtlich anerkannten Wirkungskreises der Gläubigergemeinschaft (als Rechtsgemeinschaft).<sup>143</sup> Sie können deshalb nicht die Befugnis haben, den zu Grunde liegenden individuellen subjektiven Anspruch des einzelnen Gläubigers selbst überhaupt erst zu bestimmen oder zu modifizieren. Eine andere Sichtweise ergibt sich natürlich für das Planverfahren, mit dem über die Verwertung und Verteilung hinausgehende Bereiche geregelt werden können (insbesondere Haftungsfragen). Eingriffe solcher Art erfordern jedoch aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes eine ausdrückliche Ermächtigung durch den Gesetzgeber, die in §§ 217 ff. InsO zu finden ist. Dazu später mehr.<sup>144</sup>

Ungeachtet dessen steht es der Gläubigerversammlung natürlich frei, sich zu allen Belangen des Insolvenzverfahrens zu positionieren. Allerdings binden

---

140 U. a. Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens (§ 157 InsO), Hinterlegung oder Anlage von Wertgegenständen (§ 149 InsO); eine Übersicht bei Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 114, Rn. 375; Holzer, Entscheidungsträger, 2004, S. 149, Rn. 712.

141 Pape NZI 2006, 65 (69); Uhlenbruck-InsO/*Knof* § 74 Rn. 13; ablehnend: Oelrichs, Gläubigermitwirkung und Stimmverbote, 1999, S. 66.

142 MüKoInsO/*Ehricke* § 74 Rn. 12, danach sind der Gläubigerversammlung vom Gesetz her Entscheidungen zugewiesen worden, deren Zuordnung in der „hervorragenden Wichtigkeit der unmittelbaren Entscheidung durch die Gläubiger“ zu sehen sind.

143 Dazu ausführlich Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 215 ff.

144 Siehe Kapitel 7.

diese weder das Insolvenzgericht noch den Insolvenzverwalter, sondern sind nur Anregungen.<sup>145</sup> Denn bei allen Antrags-, Informations- und Zustimmungsrechten der Gläubigerversammlung ist der Insolvenzverwalter primär den Zielen des Verfahrens verpflichtet und nicht an die Beschlüsse der Gläubigerversammlung gebunden.<sup>146</sup>

Gesucht wird nach wie vor ein Verfahrensweg, der es den Verfahrensbeteiligten rechtssicher, kurzfristig und insbesondere möglichst unter Bindung aller Gläubiger ermöglicht, eine Vielzahl streitiger Forderungen für alle bestimmbar zu machen. Über das Forum der Gläubigerversammlung kann eine solche Entscheidung bzw. Einigung nicht getroffen werden.

### 3. Möglichkeiten des Insolvenzverwalters

Die InsO hält für Gläubiger kein passendes Instrument der Kollektivierung der Interessen im Regelverfahren bereit, so dass nachfolgend verfahrenstechnische Korrektur- und Einflussnahmemöglichkeiten des Insolvenzverwalters im Regelverfahren untersucht werden. Der Insolvenzverwalter versteht sich dabei nicht als Gegenspieler der privaten Beteiligten. Seine Aufgabe ist es vielmehr, die Interessen der Beteiligten, insbesondere der Gläubiger, zu wahren.<sup>147</sup>

#### a) Einflussmöglichkeiten auf das Anmeldeverfahren

Ist bereits von vornherein bekannt oder erkennbar, dass Gläubigerforderungen nur schwer bestimmbar sein werden oder gar Streit über die grundsätzliche Berechtigung erwachsen wird, lohnt es sich, einen Schritt früher anzusetzen und Einflussmöglichkeiten auf das Anmeldeverfahren zu untersuchen.

#### aa) Pool- oder Sammelanmeldungen

Man könnte zunächst daran denken, bereits frühzeitig in das Anmeldeverfahren einzugreifen und dieses bspw. mit Pool- oder Sammelanmeldungen zu modifizieren. Mit Poolanmeldungen sind Anmeldungen gemeint, bei denen Forderungen von verschiedenen Gläubigern auf einen Treuhänder übertragen und gemeinsam zur Tabelle angemeldet werden.<sup>148</sup> Dies stellt durchaus eine geeignete Form der Gläubigerkollektivierung dar. Mit Sammelanmeldungen werden hingegen nur Ansprüche eines Berechtigten zusammengefasst ange-

145 Pape NZI 2006, 65 (70).

146 Heukamp ZInsO 2007, 57 (59); zur KO: Pape ZIP 1990, 1251 (1251).

147 BT-Drs. 12/2443, 80.

148 Uhlenbruck-InsO/Sinz § 174 Rn. 25.

meldet.<sup>149</sup> Doch in Verfahren, in denen der wesentliche Teil der Gläubigerforderungen streitig ist, helfen Pool- oder Sammelanmeldungen nur marginal weiter, so dass im Stadium des Anmeldeverfahrens nicht wirksam Einfluss auf die Berechnung der Forderung genommen werden kann.

Beide Möglichkeiten sind zwar zulässig. Für die Lösung des Problems wäre jedoch Voraussetzung, dass die *gesamten* Verbindlichkeiten der Schuldnerin gegenüber den Gläubigern, konkret den Anlegern, pauschal und in einer Summe angemeldet werden könnten. Jedoch müssen in der Pool- wie auch der Sammelanmeldung die einzelnen Forderungen individualisiert werden können, so dass die Möglichkeit für den Insolvenzverwalter und anderer Gläubiger, einzelne Forderungen zu bestreiten, weder eingeschränkt noch ausgeschlossen ist.<sup>150</sup> Eine gebündelte Forderungsanmeldung, mit der die einzelnen Ansprüche schlicht addiert und pauschal abgerechnet werden, genügt den Anforderungen des § 174 InsO nicht.<sup>151</sup> Es ist also gerade nicht möglich, die Forderungen einer Gläubigergruppe pauschal, womöglich nur in einer Summe geschätzt, anzumelden.

Natürlich könnte ein Treuhänder jede einzelne individuelle Forderung auch schätzen und jeweils anmelden mit dem Ergebnis, dass in Summe eine geschätzte Poolsumme der individuellen Forderungen angemeldet wird. Im Anschluss könnte der Treuhänder mit dem Insolvenzverwalter, der die geschätzten Forderungen bestreiten wird, eine Einigung über die geschätzte Höhe erzielen in der Folge der Insolvenzverwalter die Forderungen individuell feststellt, wobei auch das Widerspruchsrecht anderer Gläubiger zu berücksichtigen wäre. Ein gangbarer aber komplizierter Weg, der zudem auch den Nachteil mit sich bringt, dass gerade keine allgemeine Verbindlichkeit erzeugt wird. Gläubiger können Verfahrensrechte auf den Treuhänder übertragen, müssen es aber nicht. Auch über die Frage, wer Treuhänder der Gläubiger werden soll oder wer welchen Kostenanteil trägt, müsste sich verständigt werden. Dieser Weg bietet sich wohl allenfalls bei einer mehr oder weniger überschaubaren Gläubigergruppe an, die bestenfalls bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens strukturell in irgendeiner Form „vergemeinschaftet“ war.

149 Uhlenbruck-InsO/Sinz § 174 Rn. 25.

150 BGH ZInsO 2009, 381.

151 BAG NJW, 1986, 1896: die pauschale Anmeldung eines Sozialplanvolumens durch eine Gewerkschaft stellte mangels Bestimmtheit keine ordnungsgemäße Anmeldung der einzelnen Arbeitnehmerforderungen dar.

### bb) Automatisierter Anmeldeprozess

Bei der Abwicklung von Großinsolvenzen sind standardisierte Prozesse nahezu unumgänglich, mit denen Verfahrensabschnitte vereinheitlicht oder automatisiert werden. Bei der Insolvenz über das Vermögen der Telogic Germany GmbH<sup>152</sup> informierte bspw. der Insolvenzverwalter die Gläubiger über die von ihm initialisierte automatisierte Forderungsanmeldung. Von diesem Verfahren sollen etwa ca. 80.000 Kleinstgläubiger betroffen gewesen sein, daher sollte eine weitgehend automatisierte Forderungsprüfung angewandt werden, d. h. es sollte nur das auf der Homepage bereitgestellte Formular zur Forderungsanmeldung verwendet werden, in der der Gläubiger seine Hauptforderung benennt. „Vorbelegt“ wurde eine Kostenauslage inkl. einer Pauschale als Schadenersatz und Zinsen, die der Insolvenzverwalter als angemessen erachtete und folglich feststellen würde.<sup>153</sup>

An diese Idee anknüpfend wäre es durchaus möglich, dass der Insolvenzverwalter ein Anmeldeformular zur Verfügung stellt bzw. einen automatisierten Anmeldeprozess vorhält, wonach eine konkrete Berechnungsmethode bereits vorgeschlagen wird. Die Gläubiger ergänzen die dafür erforderlichen Eckdaten und das Ergebnis, also die festzustellende Forderung, wird dann nach den Eckdaten berechnet. Diese Handhabe stellt faktisch einen Vergleich zwischen dem Insolvenzverwalter und dem jeweiligen Gläubiger dar. Nimmt der Gläubiger den automatisierten Anmeldungsprozess in Anspruch bzw. nutzt das vorformulierte Anmeldeformular des Insolvenzverwalters, möchte er seine Forderung jedenfalls im Verhältnis zum Insolvenzverwalter außer Streit stellen. Die Parteien vergleichen sich so über die Berechtigung zur Mitbestimmung und Teilhabe im Insolvenzverfahren. Das Widerspruchsrecht anderer Gläubiger bliebe natürlich davon unberührt. Das Problem ist hierbei, dass erneut nicht die Allgemeinverbindlichkeit erzeugt werden kann. Der automatisierte Anmeldeprozess und auch vorformulierte Anmeldeformular sind lediglich Vorschläge des Insolvenzverwalters. Dem Gläubiger steht es frei, wie, wann und in welcher Art und Weise er seine Forderung anmeldet, solange er die gesetzlichen Vorgaben einhält. Darüber hinaus müsste der Insolvenzverwalter sich bereits sehr früh ein Bild über die Qualität der schwer bestimmbareren Forderungen machen, was in der Kürze seiner Amtszeit wohl selten möglich sein dürfte. Dennoch ist es vorstellbar, dass im Einzelfall das Unternehmen den aufkommenden Streit vorhersehen kann (Produktionsfehler, Massenschäden, etc.), so

152 Über das Vermögen der Gesellschaft wurde am 20.11.2012 das Insolvenzverfahren eröffnet (AG Dortmund 254 IN 129/12).

153 Die Niederlegung der Tabelle und der Anmeldeunterlagen bei Gericht erfolgte nicht in Papierform, sondern in digitaler Form. Die Anmeldeunterlagen in Papierform wurden beim Insolvenzverwalter aufbewahrt und konnten bei Bedarf durch das Insolvenzgericht zur Einsichtnahme angefordert werden; Beschluss vom 6.12.2012.



dass mithilfe des automatisierten Anmeldeprozesses u. U. ein nicht unerheblicher Teil der Forderungsanmeldungen kontrolliert organisiert werden kann. Es scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass all diejenigen Gläubiger, die ihre Forderungen nicht im Klagewege verfolgen würden und eher den Ausfall hinnehmen würden, von diesem Prozess Gebrauch machen würden. Der insolvenzrechtliche Aufwand wäre überschaubar.

### **b) Einflussmöglichkeiten im Feststellungsverfahren durch individuelle Vergleiche**

Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermin oder im schriftlichen Verfahren weder der Insolvenzverwalter noch ein Insolvenzgläubiger widersprochen hat oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt wurde (§ 178 Abs. 1 S. 1 InsO). Streitige Forderungen werden einzeln erörtert. Die InsO sieht keine „Mustererörterung“ vor, in der stellvertretend für alle Anleger offene Frage der insolvenzrechtlichen Forderungsprüfung allgemein geklärt werden könnten. Für den Fall einer Vielzahl angemeldeter aber zu bestreitender Insolvenzforderungen müssen die Rechtsunsicherheiten also individuell im Rahmen des Anmeldeverfahrens, im Prüfungstermin oder/und alternativ (vor einer Verteilung) mithilfe eines individuellen Vergleiches mit dem Bestreitenden beseitigt werden, in der Folge der Widersprechende (Insolvenzverwalter oder/und andere Gläubiger) seinen Widerspruch in der jeweiligen Höhe zurücknimmt und die Forderung dann als festgestellt gilt.

Eine Entscheidung des BGH bezüglich der Prüfung einer konkret zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen, die eine „Richtung oder Tendenz“ hätte vorgeben können, gab es in dem frühen Verfahrensstadium nicht – ungeachtet dessen, dass die Rechtskraft einer solchen Entscheidung auf den konkret zu entscheidenden Fall begrenzt gewesen wäre. Es wurden zwar einige Feststellungsklagen eingereicht, die hierzu ergangenen Entscheidungen der Untergerichte sollen nach Auskunft des Insolvenzverwalters jedoch uneinheitlich gewesen sein. Darüber hinaus dürfte die Motivation des Insolvenzverwalters, mit jedem zur Einigung bereiten Gläubiger eine individuelle Lösung auszuhandeln, auch vor dem Hintergrund der nicht kalkulierbaren Erfolgsaussichten und dem erheblichen Arbeitsaufwand eher gering einzuschätzen sein. Dass mehrere tausend Gläubiger betroffen sind, steht zwar einer individuellen Lösung nicht entgegen. Jedoch ist der unbestritten exorbitant hohe Arbeitsaufwand u. U. selbst mit einem Zuschlag bei der Vergütung des Insolvenzverwalters (§ 3 InsVV) nicht zu kompensieren oder schmälert jedenfalls unangemessen die Masse und zerrt Vorteile einer frühzeitigen Verteilung auf. Erschwerend dürften wohl auch ein häufig zu Beginn des Verfahrens zu beobachtendes über-



triebenes Gerechtigkeitsstreben und große Verlustaversionen einiger Gläubiger hinzukommen (bspw. mangels insolvenzrechtlicher Erfahrung).<sup>154</sup>

Forderungsvergleiche in solch hoher Anzahl abzuschließen ist aber auch verfahrensrechtlich ein Kunststück, möchte man den Arbeitsaufwand so gering wie möglich halten. Der Insolvenzverwalter, der die Gläubiger für einen Vergleichsvorschlag gewinnen möchte und den Dialog sucht, kann in Bezug auf bereits angemeldete Forderungen als breites Gesprächsforum nur die Gläubigerversammlung oder – sofern vorgehalten – das Gläubigerinformationssystem (GIS) nutzen. Im Übrigen bliebe ihm nur die Möglichkeit, seinen Vorschlag individuell (wohl in Form eines Serienbriefes) vorzustellen. Der vorgeschlagene Vergleich müsste in jedem Fall „mehrheitsfähig“ sein, weshalb zunächst auch möglichst viele Gläubiger die Möglichkeit erhalten müssten, dazu Stellung zu nehmen. Andernfalls könne der Insolvenzverwalter nicht abschätzen, ob der von ihm vorgeschlagene Vergleich von einer Mehrzahl der Gläubiger akzeptiert und abgeschlossen wird. Möglich wäre an dieser Stelle natürlich auch, Interessenvertreter zu wählen oder zu bestimmen, die die vertretenen Gläubiger von einer gefundenen Lösung überzeugen. Dabei gilt es erneut zu bedenken, dass sich zwar regelmäßig der überwiegende Teil der Gläubiger mithilfe der Forderungsanmeldungen am Verfahren zunächst aktiv beteiligt, anschließend aber eine passive Rolle einnimmt und bspw. auch nicht die Gläubigerversammlungen besucht<sup>155</sup>, allenfalls die Informationen aus dem Gläubigerinformationssystem (GIS) zur Kenntnis nimmt.

#### 4. Doch eine Abschlagsverteilung?

Mit insolvenzrechtlichen Mitteln außerhalb der Vorschriften der Vermögensverteilung kann dem Problem massenhaft streitiger Insolvenzforderungen nicht effektiv begegnet werden. Wie auch im Verfahren Phoenix, ist selbst eine Abschlagsverteilung nicht zielführend. Die Gründe werden nachfolgend dargestellt.

##### a) Problem: Rückstellungen als unkalkulierbarer Unsicherheitsfaktor

Man betrachte die Situation aus Sicht des einzelnen Gläubigers, für den die Frage im Raum steht, warum er auf eine vermeintliche Rechtsposition verzichten soll (sei es auch nur auf eine streitige), ohne einen rechtssicheren Vorteil hiervon zu haben. Denn ein entscheidender Aspekt der Gläubiger, die Allge-

<sup>154</sup> Hölzle NZI 2010, 207 (208).

<sup>155</sup> Pape ZInsO 2011, 1033 (1033), wonach das Interesse der Gläubiger am Verfahren jedenfalls im Allgemeinen eher gering ist; Heukamp ZInsO 2007, 57 (57).

meinverbindlichkeit für alle Gläubiger aber auch für den Insolvenzverwalter, können mit individuellen Vergleichen nicht erreicht werden.

Selbst unter der Annahme, dass der Insolvenzverwalter erheblichen Einfluss auf das Anmeldeverfahren durch Pool- oder Sammelanmeldungen, einen automatisierten Anmeldeprozess oder auf das Feststellungsverfahren durch individuelle Vergleiche nehmen kann, besteht ein erhebliches Problem darin, dass die Berechnungsmethode nicht allgemein verbindlich ist und auch nur die teilnehmenden und überzeugten Insolvenzgläubiger bindet. Die Schuldenmasse hängt insgesamt weiterhin vom Einzelfall ab, also vom Stand der Vergleichsverhandlungen. Aber ohne eine errechenbare Schuldenmasse ist es niemandem möglich, (s)einen voraussichtlichen Bruchteil bei einer Verteilung zu errechnen. Er kann allenfalls Minimal- und Maximalpositionen errechnen.<sup>156</sup>

Gemeint ist, dass wenn bspw. eine Einigung nur mit einem geringen Teil der Gläubiger erzielt werden kann, bei der Durchführung einer Abschlagsverteilung erhebliche Rückstellungen zu bilden sind, die die Quote der Gläubiger, die bereits eine Einigung erzielt haben, zunächst auf unbestimmte Zeit schmälern. Denn je mehr Gläubiger klagen und im Rahmen der Verteilung Rückstellungen gebildet werden müssten, desto geringer wäre der Bruchteil am zu verteilenden Erlös. Der Gläubiger wird deshalb das Prozessrisiko mit dem Vorteil einer frühzeitigen Kapitalrückzahlung abwägen, soweit es ihm überhaupt möglich ist. Für eine sachgerechte Entscheidung fehlen ihm aber wesentliche Informationen. Denn er hat keine Kenntnis darüber, inwieweit die Mehrheit der anderen Gläubiger für eine einvernehmliche Lösung gewonnen werden können.

Ob die Rückstellung später aufgelöst wird oder nicht, ist für den Gläubiger, der die Kosten und die Nutzen abwägt, nicht relevant. Er möchte jetzt an einer schnellen und – was wichtiger ist – möglichst hohen Verteilung und nicht später an aufgelösten Rückstellungen partizipieren. Überspitzt formuliert: wäre er der einzige Gläubiger, der den Vergleich annimmt, erhielte er durch die Rückstellungen die denkbar niedrigste Quote, sofern die restlichen Gläubiger die Voraussetzungen für die Bildung von Rückstellungen nachweisen. U.U. wäre ihm allein deshalb zu raten, gleichfalls zu klagen oder jedenfalls eine Klage und eine endgültige Lösung abzuwarten. Dem Problem unkalkulierbarer Rückstellungen könnte man allenfalls dadurch begegnen, dass die individuellen Vergleiche unter der Bedingung geschlossen werden, dass eine bestimmte Zustimmungsquote erreicht wird. Im schlechtesten Fall hat man jedoch viel Arbeit aber kein Ergebnis.

---

<sup>156</sup> Siehe Rechenbeispiel Anlage 1.

**b) Problem: Haftungsrisiko durch ungerechte Verteilung**

Doch die Situation war nicht nur für den einzelnen Gläubiger unkalkulierbar, der Gefahr lief, bei erheblichen Rückstellungen bei einer Abschlagsverteilung vorerst nur die Minimalquote zu erhalten. Auch für den Insolvenzverwalter bestand aufgrund der unsicheren Verteilungsgrundlage das ggfs. haftungsbegründende Risiko, an einzelne Gläubiger erkennbar zu viel zu verteilen, mit der Konsequenz anschließend nach § 60 InsO in Anspruch genommen zu werden. Im Fall Phoenix konnte der Insolvenzverwalter die angemeldeten Forderungen nur in Höhe des geringstmöglichen Anspruchs feststellen lassen. Die Konstellation ist auf alle anderen Insolvenzverfahren mit mindestens zwei Gläubigergruppen übertragbar, wobei eine Vielzahl von Forderungen einer Gläubigergruppe streitig ist und würde immer dann verschärft werden, wenn die angemeldeten Forderungen der streitigen Gläubigergruppe sogar in voller Höhe streitig bleiben und nicht einmal ein Sockelbetrag als Mindestbetrag festgestellt werden könnte.

Würde der Insolvenzverwalter nun einen nicht unerheblichen Teil der Masse vorzeitig verteilen, besteht die Gefahr, dass sich der Verteilungsmaßstab im Zeitpunkt der Abschlagsverteilung im Verhältnis zu dem bei Abschluss des Verfahrens zu erstellenden Schlussverzeichnis durch erst nach der Verteilung geführte Feststellungsprozesse für streitig gebliebene Forderungsbeträge in erheblicher Weise ändert. Der Insolvenzverwalter ist u. U. einem Haftungsrisiko ausgesetzt, da die Masse dann ggfs. nicht mehr ausreicht, um die Forderungen nach diesem geänderten richtigen Verteilungsmaßstab zu bedienen. Der Gesetzgeber hat zwar diese Konstellation geregelt (§ 192 InsO). Nach dem Wortlaut der Norm erhalten Gläubiger, die bei einer Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt worden sind und die Voraussetzungen der §§ 189, 190 InsO nachträglich erfüllen, bei der folgenden Verteilung aus der restlichen Insolvenzmasse vorab einen Betrag, der sie mit den übrigen Gläubigern gleichstellt – soweit diese ausreicht. Und auch wenn Gläubiger verspätet angemeldeter Insolvenzforderungen vom Wortlaut des § 192 InsO nicht erfasst sind, ist die Vorschrift gleichwohl auf sie entsprechend anzuwenden.<sup>157</sup> Gläubiger, die bei einer Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt wurden, haben von der Regelung aber nichts, nämlich dann, wenn keine weiteren Gelder im Laufe des Insolvenzverfahrens zur Masse gezogen werden konnten oder diese insgesamt nicht ausreicht.

Auch ist zu berücksichtigen, dass erfolgreich geführte Feststellungsprozesse in bestimmten Konstellationen zu einer Überzahlung einzelner Gläubiger führen können. In einer normalen Verfahrenskonstellation, d. h. der wesentliche

---

<sup>157</sup> MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebekus/Schwarzer § 192 Rn. 3; Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 192 Rn. 6.

Teil der Forderungen ist festgestellt und nur ein Bruchteil ist bestritten, können etwaige Verteilungsungerechtigkeiten (im Zeitpunkt der Abschlagsverteilung) in der Regel durch eine Schlussverteilungsquote „aufgefangen“ werden. Jedoch ist dies bei einer Vielzahl streitiger Forderungen schwer möglich. Die Abschlagszahlung an nicht klagende (bzw. nicht im Feststellungsprozess obsiegende) Gläubiger führt vielmehr immer dann zu einer Überzahlung von Gläubigern, wenn erstens Forderungen nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens mit einem höheren Forderungsvolumen berücksichtigt werden müssen und zweitens dadurch die Schlussverteilungsquote rechnerisch *hinter* der Abschlagsquote zurückbleibt.<sup>158</sup>

Eine andere Frage ist es, inwieweit es überhaupt sinnvoll ist und nicht gleichfalls das Ermessen des Insolvenzverwalters, eine Abschlagsverteilung durchzuführen, beeinflusst oder gar auf null reduziert, wenn er mit einer Abschlagsverteilung bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen mehrere 10.000 Gläubiger zu einer gerichtlichen Klage zwingt und die Kapazitäten der Justiz erheblich strapaziert. Ob die Durchführung einer solchen Abschlagsverteilung letztendlich eine Haftung des Insolvenzverwalters auslöst, ist denkbar und scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen, da er nicht sicher weiß, ob ein erheblicher Teil der Forderungen bestritten bleibt, weil schlicht die Voraussetzungen für die Bildung von Rückstellungen nicht geschaffen werden (können) und somit diese Gläubiger von der Verteilung erst gar nicht profitieren können. In jedem Fall besteht ein Haftungsrisiko mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter wohl ohne eine in irgendeiner Form gesicherte Verteilungsgrundlage keine Abschlagsverteilung durchführen wird.

In der zu Grunde liegenden Fallkonstellation Phoenix war darüber hinaus zu beachten, dass die sonstigen Insolvenzgläubiger (also nicht die Anlegergläubiger), deren Forderungen unstreitig und somit bereits festgestellt wurden, bei einer Abschlagsverteilung zu 100 % hätten befriedigt werden müssen – nämlich dann, wenn innerhalb der doch als recht kurz<sup>159</sup> zu bezeichnenden Frist von 2 Wochen wenig bis keine Klagen erhoben worden wären. Weiß der Insolvenzverwalter, dass nur die Höhe der Forderungen streitig sind und nicht der jeweilige Forderungsgrund, führt eine Abschlagsverteilung im Regelverfahren dann erneut zu höchst ungerechten Verteilungsergebnissen. Gerade bei passiven Gläubigern besteht die Gefahr, dass sie weder den vorgeschlagenen Vergleich annehmen, noch Klage erheben und somit nicht von der Abschlagsverteilung profitieren. Natürlich ist es die alleinige Angelegenheit des Gläubigers, sich

<sup>158</sup> Siehe Rechenbeispiel – Anlage 2.

<sup>159</sup> Gerade vor dem Hintergrund der äußerst komplizierten Rechtslage, und der Hoffnung der meisten Gläubiger auf eine allgemeinverbindliche Lösung, erscheinen die 2 Wochen als zu gering. Ob die Anwälte ihre Gläubiger entsprechend beraten und ggfs. bereits einen Klagentwurf hätten fertigen können, ist ungewiss.

aktiv am Verfahren zu beteiligen, seine Rechte wahrzunehmen und es mitzugestalten. Dennoch trifft der Insolvenzverwalter eine Ermessensentscheidung, eine Abschlagsverteilung durchzuführen. Die Besonderheiten des Falles sind bei dieser Entscheidung stets zu beachten. Die Abschlagsverteilung begünstigt offenkundig einzelne Gläubiger, weshalb er die Interessen abzuwägen hat. Die Tatsache, dass die wesentlichen Forderungen streitig sind und das Verteilungsverzeichnis deshalb den Löwenanteil der Forderungen erst gar nicht enthalten wird, muss bei der Ausübung des Ermessens angemessen berücksichtigt werden und führt im Zweifel dazu, dass eine Abschlagsverteilung gegen das Gläubigergebot der gleichmäßigen Befriedigung verstoßen würde. Eine Haftung des Insolvenzverwalters oder des Gläubigerausschusses erscheint nicht ausgeschlossen.

### **c) Problem: Verteilungen (nur) im Ermessen des Insolvenzverwalters**

Unter der Annahme, dass es dem Insolvenzverwalter gelingt, durch individuelle Vergleiche eine gesicherte Verteilungsgrundlage zu schaffen, besteht ein weiteres Problem darin, dass die Gläubiger eine Verteilung nicht erzwingen können. Selbst wenn eine individuelle Einigung mit einem erheblichen Teil der Gläubiger hätte erzielt werden können, besteht kein durchsetzbarer Anspruch auf eine Abschlagsverteilung. Insolvenzgläubiger haben keinen Anspruch auf eine Abschlagsverteilung. Die InsO sieht lediglich die Möglichkeit einer Abschlagsverteilung vor. Diese liegt im Ermessen des Insolvenzverwalters (§ 187 Abs. 2 S. 1 InsO). Natürlich kann der Insolvenzverwalter im Rahmen eines individuellen Vergleichs in Aussicht stellen, ab einer gewissen Zustimmungsquote auch eine Abschlagsverteilung durchzuführen. Verstößt der Insolvenzverwalter jedoch hiergegen und nimmt keine Abschlagsverteilung vor, besteht kein einklagbarer Anspruch des Gläubigers, sondern allenfalls ein Haftungsanspruch gegen den Insolvenzverwalter.

## **D. Problemexkurs: Sanierungshindernis**

In Fällen der Liquidation des Schuldnervermögens, spätestens sobald Verteilungen vorgenommen werden sollen, führen Streitigkeiten über eine Vielzahl von Insolvenzforderungen zu den zuvor erläuterten Verfahrensproblemen. Doch das Problem beschränkt sich nicht allein auf die Frage nach einer möglichen Verteilung. § 1 InsO benennt neben der Verwertung und Erlösverteilung auch eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens mithilfe eines Insolvenzplans als ein legitimes Ziel des Insolvenzverfahrens. Doch wie kann ein Unternehmen saniert werden, wenn die Schuldenmasse nur

schwer oder jedenfalls nicht zeitnah bestimmt werden kann? Während eine übertragende Sanierung nichts anderes ist als eine Form der Liquidation<sup>160</sup>, weshalb sich die Frage nach einer zulässigen Möglichkeit der Verteilung an die der Stimmrechte anschließt, lebt und wirtschaftet ein reorganisierter und sanierter Unternehmensträger weiter. Soll also mithilfe eines Insolvenzplans eine übertragende Sanierung oder eine Sanierung des Rechtsträgers stattfinden, müssen auch hier zunächst die Fragen rund um die Stimmrechte von massenhaft bestrittenen Forderungen und die Art und Weise der Verteilung beantwortet werden. Daneben erlangt die Bestimmbarkeit der Passivmasse bzw. ein Schuldenschnitt gleichermaßen eine besondere Bedeutung. Ein Insolvenzplan kann nicht nur unstreitige Forderungen bekannter Gläubiger regeln, sondern erfasst, handelt und insbesondere kürzt rechtsverbindlich auch unbekannte, unangemeldete bekannte und angemeldete streitige Forderungen. Ist ein erheblicher Teil der Forderungen kurzfristig nicht bestimmbar oder gar unbekannt, bestehen jedoch Besonderheiten. Diese sind weniger in der privatautonomen Vereinbarung einer Zielverschuldung im Insolvenzplan zu suchen, sondern vielmehr in der Verfahrensrepräsentation.<sup>161</sup> Zu denken ist bspw. an die rechtssichere Abwicklung von Massenschäden, hervorgerufen durch fehlerhafte Produkte, Personen- oder Umweltschäden, für die der jeweilige Rechtsträger einzustehen hat, die zu einem bestimmten Zeitpunkt zwar dem Grunde nach bestehen aber u. U. noch nicht individuell bestimmbar sind. Verschärft wird das Problem dadurch, dass etwaige Schäden auch noch nicht eingetreten sein müssen (latente Massenschäden). Auch hier handelt es sich um „klassische“ Insolvenzforderungen.<sup>162</sup> Natürlich, aber weiterführende Überlegungen sollen nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, könne man massenhaft streitigen Forderungen wie Massenschäden nur im Rahmen eines Insolvenzverfahrens begegnen, möchte man zu erwartende Konflikte mit Hilfe eines Insolvenzplans lösen. Deshalb können diese auch nur handelbar bzw. kompensiert werden, sofern mindestens ein Insolvenzgrund für das Unternehmen vorliegt. Unabhängig davon und jedenfalls in den Fällen, in denen der haftbar zu machende Rechtsträger bereits konkrete Kenntnis von den wesentlichen Gläubigern hat, die konkrete Höhe der Schäden aber nicht beziffern kann, soll diese Arbeit einen Beitrag dazu leisten, eine rechtssichere und möglichst für alle Beteiligten verbindliche Planlösung zu finden, die insbesondere auch von den Gläubigern mit bestrittenen Forderungen mitgetragen und durch diese mitlegitimiert wurde.

160 Jauernig/Berger, Insolvenzrecht, 2010, Seite 246, Rn. 2.

161 Madaus ZIP 2014, 160 (162).

162 Madaus ZIP 2014, 160 (163): Der Autor befasst sich insbesondere auch mit der Frage, wie unwissende Gläubiger im Planverfahren mit Blick auf das verfassungsrechtliche Anforderungen hinreichend repräsentiert werden können.



## E. Zwischenergebnis

Was unserem Insolvenzrecht fehlt, ist deutlich geworden. Massenhaft streitige Insolvenzforderungen gefährden die Vermögensrechte der Gläubiger. Zum einen nehmen die Gläubiger bestrittener Forderungen, die letztendlich von allen Maßnahmen im Verfahren betroffen sind, nicht automatisch an Abstimmungen teil, da ein Stimmrecht im Grundsatz nur eine festgestellte Insolvenzforderung gewährt. Wer mit einer bestrittenen Forderung mitbestimmen möchte, muss eine Einigung mit den stimmberechtigten Gläubigern und dem Insolvenzverwalter erzielen oder eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen. Beide Wege sind mit Risiken verbunden. Darüber hinaus verzögert das Einigungsverfahren oder auch eine gerichtliche Stimmrechtsentscheidung die Verfahrensabwicklung.

Wesentlicher sind die Auswirkungen in Bezug auf die Verteilung. Niemand, auch nicht ein Gläubiger einer bereits festgestellten Forderung, erhält eine Ausschüttung, solange nicht Rechtssicherheit in Bezug auf die Bestimmung der Vielzahl der restlichen Forderungen besteht. Gläubiger können Prozesse führen und ihre Forderung gerichtlich feststellen lassen oder eine Einigung mit dem Insolvenzverwalter herbeiführen. Möchte man nicht den Ausgang einer unbestimmten Vielzahl von Gerichtsprozessen abwarten, haben die Ausführungen jedoch gezeigt, dass die InsO keinerlei wirksame Korrektur- oder Einflussnahmemöglichkeiten bereithält, dem Problem der massenhaft streitigen Forderungen während der Abwicklung des Regelverfahrens zu begegnen, um frühzeitig oder jedenfalls vor Abschluss einer Vielzahl von Feststellungsprozessen Vermögen verteilen zu können.

So kann man dem Problem nicht bereits mit einem angepassten Anmeldeprozess hinreichend begegnen. Darüber hinaus sind auch zeitlich den Anmeldungen nachfolgende individuelle Einigungen zwischen dem Insolvenzverwalter und dem einzelnen Gläubiger auf breiter Front praktisch nicht durchführbar und aus Sicht der Betroffenen nicht kalkulierbar, daher nicht zielführend. Zum einen ist der organisatorische Aufwand, Gläubigerzahlen in dieser Größenordnung zu organisieren, erheblich, nimmt die Kapazitäten des Büros des Insolvenzverwalters für eine lange Zeit in Anspruch und verzögert die Verteilung und regelmäßig auch den Abschluss des Verfahrens und zum anderen stehen Verteilungen im Ermessen des Insolvenzverwalters. Nur ein gut organisiertes Insolvenzverwalterbüro ist in der Lage, ein solches Verfahren abzuwickeln. Ein solcher Aufwand ist im Einzelfall durch einen hinreichenden Zuschlag bei der Vergütung des Insolvenzverwalters zu kompensieren, was erneut das Ergebnis der Insolvenzgläubiger negativ beeinflusst. Die Probleme verschärfen sich, wenn frühzeitig Vermögen verteilt werden kann, also zu einer Zeit, zu der noch keine Feststellungsprozesse rechtskräftig entschieden wurden, denen ggfs. all-

gemeinverbindliche Rechtsgedanken und überzeugende Argumente entnommen werden könnten.

Eine Vermögensverteilung, noch bevor die Passivmasse hinreichend bestimmt werden konnte, also eine Zahlung von Abschlägen auf unbestimmte Forderungen, ist damit nicht möglich. Gesucht ist deshalb ein Verfahrensweg, der es den Verfahrensbeteiligten rechtssicher, kurzfristig und insbesondere möglichst unter Bindung aller Gläubiger ermöglicht, eine Vielzahl streitiger Forderungen mithilfe einer mehrheitlichen Unterstützung durch die Gläubiger jedenfalls für *insolvenzrechtliche Zwecke* für alle bestimmbar zu machen.





## Kapitel 3: Neue Ansätze? Ein Blick über den insolvenzrechtlichen „Tellerrand“

Die Möglichkeiten der Beteiligten im Regelverfahren sind also begrenzt. Um das Bild bereits an dieser Stelle abzurunden und noch bevor ein Blick auf das Planverfahren geworfen wird, soll die Frage aufgeworfen und beantwortet werden, ob außerhalb der InsO ein Verfahren oder eine Methode existiert, auf die zurückgegriffen oder jedenfalls dessen Rechtsgedanke angewandt und bspw. nach Sinn und Zweck in eine Planlösung integriert werden könnte. Die InsO sieht – wie bereits erwähnt – keine „Mustererörterung“, aber auch sonst kein „Musterverfahren“ vor, in dem stellvertretend für alle Anleger streitige Fragen (bspw. der insolvenzrechtlichen Forderungsprüfung) geklärt werden könnten. Außerhalb der insolvenzrechtlichen Vorschriften gibt es jedoch spezial- und fachgesetzlich normierte Musterverfahren.

### A. Verfahren nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)

Erste Anhaltspunkte bietet das Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG), das bereits in 2005 durch den Gesetzgeber eingeführt und nach einer Evaluierung in 2012 novelliert wurde. Das KapMuG als Spezialgesetz sieht eine Möglichkeit vor, Haftungsansprüche und Erfüllungsansprüche in Kapitalmarktstreitigkeiten gebündelt zu verfolgen und – wichtiger noch – einheitlich in einem Musterverfahren entscheiden zu lassen. Wie sich noch zeigen wird, bietet das Gesetz weder eine Lösung für das zugrunde liegende Problem massenhaft streitiger Insolvenzforderungen noch können die dahinter stehenden Rechtsgedanken in das Insolvenzrecht übertragen oder Honig daraus gesaugt werden, auch wenn die dahinter steckende Idee, die Konzeption und Ziele zu begrüßen und sicher ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung sind. Denn mit dem KapMuG wollte der Gesetzgeber ein möglichst schlagkräftiges kollektives Rechtsverfolgungsinstrument einführen, mit dem die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften stringenter durchgesetzt, der individuelle Rechtsschutz verbessert, die Gerichte durch Bündelung und Aussetzung von Verfahren entlastet und letztendlich auch die Gefahr divergierender Entscheidungen der Fachgerichte reduziert werden sollen.<sup>163</sup>

---

<sup>163</sup> BT-Drs. 17/8799, 13.

## I. Anwendungsbereich

Trotz der kapitalmarktrechtlichen Fragen, die im zugrunde liegenden Verfahren Phoenix zu entscheiden waren, wäre das Gesetz auch ungeachtet der Insolvenz nicht unmittelbar anwendbar gewesen, auch nachdem das KapMuG in 2012 grundlegend reformiert, neu gefasst und in diesem Zusammenhang auch der Anwendungsbereich moderat ausgeweitet wurde.

Das KapMuG ist anwendbar in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen ein Schadensersatzanspruch wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformation oder deren Verwendung bzw. wegen Unterlassung der gebotenen Aufklärung darüber, dass eine öffentliche Kapitalmarktinformation falsch oder irreführend ist, oder ein Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht, geltend gemacht wird (§ 1 Abs. 1 KapMuG).

Grundlagen der Entscheidung in einem Verfahren nach dem KapMuG sind somit individuelle Schadenersatzansprüche geschädigter Kapitalanleger, die auf dem Klagewege in Verfahren vor den Prozessgerichten anhängig gemacht werden. Ungeachtet der Details im Zusammenhang mit der moderaten Erweiterung des Anwendungsbereichs, die im Ergebnis dahinstehen können, unterfallen dem Anwendungsbereich nunmehr sowohl Schadenersatzansprüche, die einen unmittelbaren Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation aufweisen, als auch Schadenersatzansprüche, die lediglich einen mittelbaren Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation haben.<sup>164</sup> Somit scheint der sachliche Anwendungsbereich bei Streit über Forderungen der Kapitalanleger zunächst eröffnet zu sein, da es sich um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten mit Bezug zum Kapitalmarktrecht handelt. Auch können öffentliche Kapitalmarktinformationen des unreglementierten so genannten „Grauen Kapitalmarktes“ Gegenstand eines Musterfeststellungsverfahrens sein.<sup>165</sup> Jedoch können nur Rechtsfragen oder Tatsachen zu anspruchsbegründenden oder anspruchsausschließenden Voraussetzungen eines Anspruchs Feststellungsziel eines Musterfeststellungsverfahrens sein, nicht aber ein Anspruch als solcher. Ziel des Musterfeststellungsantrags ist es zwar, eine in verschiedenen Prozessen zu klärende Musterfrage einheitlich mit Breitenwirkung feststellen zu lassen, jedoch können Streitigkeiten, die lediglich mittelbar Bezug zu einer öffentlichen Kapitalmarktinformation haben sowie nicht verallgemeinerungsfähige Tatsachen oder Rechtsfragen wie etwa der individuelle Schaden eines Anlegers nicht Gegenstand eines Musterfeststellungsverfahrens sein.<sup>166</sup> Damit wäre der sachliche Anwendungsbereich nicht eröffnet und das Musterverfahren nach

164 Heidelberg/Gängel/Huth/Gansel § 1 Rn. 3.

165 BGH ZIP 2007, 602.

166 BT-Drs. 17/8799, 20; BGHZ 177, 88 = ZIP 2008, 1326.

dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) scheidet als Hilfsmittel aus.

## II. Schranke des § 240 ZPO

Selbst für den Fall, dass das KapMuG Anwendung finden würde, hätte die Insolvenzeröffnung zunächst begonnene (ggfs. bereits ausgesetzte (§ 8 KapMuG)) Ausgangsverfahren nach § 240 ZPO unterbrochen, soweit das Ausgangsverfahren nicht schon bereits durch Bekanntmachung des Musterverfahrens unterbrochen wurde (§ 5 KapMuG). Letzendlich dürfte die Unterbrechung – entgegen der Situation beim Schiedsverfahren<sup>167</sup> – auch für das Musterverfahren eintreten. Denn auf das Musterverfahren sind die im ersten Rechtszug für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften der ZPO entsprechend anzuwenden, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist (§ 11 Abs. 1 KapMuG). Das KapMuG enthält somit keine Bestimmung, dass § 240 ZPO keine Anwendung finden soll. Diese Vorschrift steht zudem mit Sinn und Zweck des Musterverfahrens als Erkenntnisverfahren in Einklang und dürfte daher auch auf dieses Verfahren anzuwenden sein.

Während nun nach Insolvenzeröffnung das Ausgangsverfahren nach § 180 Abs. 2 InsO fortgeführt werden könnte, dürfte dies nicht für das Musterverfahren möglich sein. Zunächst setzt Abs. 2 voraus, dass ein Rechtsstreit „über die (bestrittene) Forderung“ anhängig ist und zudem dient das Musterverfahren gerade nicht zur Feststellung des Insolvenzgläubigerrechts, sondern von anspruchsbegründenden bzw. den Anspruch ausschließenden Vor- und Rechtsfragen und ist daher ungeeignet, dass hier zu betrachtende Problem zu lösen.

---

167 BGHZ 179, 304 = NJW 2009, 1747, ein Schiedsverfahren zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner über einen als Insolvenzforderung zu qualifizierenden Anspruch wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zwar nicht gemäß § 240 ZPO unterbrochen. Das Schiedsgericht darf aber das Schiedsverfahren gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO i. V. m. § 87 grundsätzlich nicht vor Abschluss des insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens fortsetzen und hat vielmehr das Schiedsverfahren, soweit es eine Insolvenzforderung zum Gegenstand, auszusetzen oder das Ruhen des Verfahrens bis zur Beendigung der insolvenzrechtlichen Forderungsprüfung anzuordnen. Dies folgt aus § 87, der die gemeinsame und gleichrangige Befriedigung der Insolvenzgläubiger sicherstellen soll und zum verfahrensrechtlichen ordre public (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO) zählt.

### III. Unbrauchbarkeit des Rechtsgedankens

Überträgt man – ungeachtet der Anwendbarkeit des KapMuG – den Rechtsgedanken auf das insolvenzrechtliche Streitige Feststellungsverfahren fällt jedoch schnell auf, dass letztendlich nur die Anzahl der Streitig zu entscheidenden Verfahren reduziert werden könnte. Denn die Feststellungen im rechtskräftigen Musterentscheid binden zwar die Prozessgerichte in allen ausgesetzten Verfahren, jedoch kann kein Verfahren abgekürzt werden. Der Individualrechtsstreit als Ausgangsverfahren wird lediglich ausgesetzt und anschließend ein Musterverfahren am OLG geführt, das mit einem Musterentscheid endet, der jedoch mit der Rechtsbeschwerde zum BGH angegriffen werden kann (§ 20 KapMuG, § 574 ZPO, § 133 GVG). Im Anschluss ergeht eine Entscheidung im dann wieder aufgenommenen Ausgangsverfahren unter Berücksichtigung der Bindungswirkung des während des Musterverfahrens verkündeten Musterentscheids oder des einvernehmlich geschlossenen Vergleichs. Eine Entscheidung im Ausgangsverfahren wird damit durch das Musterverfahren sogar zeitlich nach hinten verschoben und ergeht keinesfalls beschleunigt. Die Vorteile liegen deshalb in der Breitenwirkung und nicht in zeitlicher Hinsicht. Ein Beispiel: So erging im Ausgangsverfahren gegen die Deutsche Telekom AG bereits in 2006 der Vorlagebeschluss in einem Ausgangsverfahren.<sup>168</sup> Eine Entscheidung im Musterverfahren wurde erst in 2012 verkündet<sup>169</sup> und über die (zu erwartenden) Rechtsbeschwerden entschied der BGH<sup>170</sup> erst in 2014, wobei zum Teil zur erneuten Verhandlung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen wurde! D. h., unabhängig von der Frage des Anwendungsbereiches, ist ein Musterverfahren, dessen Ablauf nicht gestrafft werden kann, für die Suche nach einer Lösung für die vorliegende insolvenzrechtliche Fragestellung ungeeignet.

## B. Allgemeines Verfahrensrecht

Ungeachtet einer gesetzlichen Regelung eines Musterverfahrens steht es den Beteiligten eines Prozesses natürlich jederzeit frei, sich schuldrechtlich an die Feststellungen eines anderen ausgewählten Prozesses binden zu wollen (bspw. in Form einer sog. Musterprozessabrede). Blendet man dabei die Frage aus, ob und inwieweit die Gläubiger über die Rechtskraft der Entscheidung in einem Musterprozess überhaupt mit Allgemeinverbindlichkeit verfügen können, und betrachtet diesen Rechtsgedanken weiter, fällt jedoch schnell auf, dass die Par-

<sup>168</sup> LG Frankfurt ZIP 2006, 1730.

<sup>169</sup> OLG Frankfurt am Main ZIP 2012, 1236.

<sup>170</sup> BGH ZIP 2015, 25.

teien über diesen Weg zwar eine gewisse Allgemeinverbindlichkeit erzeugen, jedoch erneut keinesfalls das Verfahren beschleunigen könnten.

Schaut man demgegenüber in das allgemeine Verfahrensrecht findet man zwar nicht in der ZPO, doch in der VwGO die Möglichkeit der Durchführung eines Musterprozesses bzw. Musterverfahrens (§ 93a VwGO). Ungeachtet dessen, dass schon die methodische Möglichkeit eines solchen Vorgehens wohl verneint werden müsste, lässt sich hieraus auch keine Erkenntnis gewinnen. Die Vorschrift wurde zur vereinfachten und konzentrierten Bewältigung von Massenverfahren eingeführt – soweit so gut. Doch das als Musterverfahren auserkorene Verfahren wird jedoch nach normalen prozessualen Grundsätzen abgewickelt. Lediglich in den zunächst ausgesetzten übrigen Verfahren besteht die Möglichkeit zur erleichterten Beweisverwertung und es kann eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss ergehen.

Für das insolvenzrechtliche Feststellungsverfahren bedeutet das, dass jedenfalls ein als „Musterfeststellungsklage“ ausgewählter Rechtsstreit geführt werden müsste. Eine spürbare Beschleunigung wäre allenfalls bei den ausgesetzten Klagen möglich, da bereits einmal die vergleichbaren Sachverhalte und Rechtsprobleme erörtert wurden. Dadurch, dass etliche Verfahren ausgesetzt werden, tritt jedoch in der Gesamtschau keine Beschleunigung ein. Denn vor einer Verteilung hätte wenigstens das Ende des einen ausgewählten Musterprozesses abgewartet werden müssen. Mit einer Musterprozessabrede bzw. einem Musterverfahren kann also lediglich die Anzahl der streitigen Verfahren auf ein Minimum reduziert werden, was freilich zu einer Entlastung der Gerichte führt. Doch dieses Ergebnis wurde auch im zugrunde liegenden Phoenix Fall erreicht, da der Insolvenzverwalter die der Entscheidung des BGH in 2014 zugrunde liegenden Erwägungen auf die übrigen Forderungsanmeldungen übertrug und die Forderungen entsprechend korrigiert zur Tabelle feststellen ließ – was von Gläubigern wohl als sachgerecht akzeptiert wurde.



# Kapitel 4: Der Phoenix-Plan: Begrenzte Autonomie im Planverfahren

## A. Der gescheiterte verfahrensbegleitende Phoenix-Insolvenzplan

Verfahrensbegleitende Insolvenzpläne sind in der Praxis scheinbar noch nicht angekommen, weshalb es erforderlich ist, die Ziele und Motive des Phoenix-Plans zu beleuchten und anschließend die „Planart“ insolvenzspezifisch in die allgemein anerkannte Plandogmatik einzuordnen.

### I. Einführung

Der Insolvenzplan eröffnet den Beteiligten im Rahmen eines Insolvenzverfahrens die Möglichkeit, eine Regelung treffen zu können, die von den gesetzlichen Bestimmungen des Regelverfahrens abweicht. Für die Bestätigung eines Insolvenzplans ist, wie bei einer Beschlussfassung im Rahmen einer Gläubigerversammlung, keine Einstimmigkeit erforderlich, sondern die Entscheidung wird mehrheitlich getroffen (§ 244 InsO). Um im zu Grunde liegenden Beispielsfall der Phoenix Insolvenz Vermögen kurzfristig verteilen zu können, brauchten der Insolvenzverwalter, der Gläubigerausschuss und das Insolvenzgericht Rechtssicherheit, die mithilfe eines Insolvenzplans geschaffen werden sollte.

### II. Ziel, Motiv und Regelungsgehalt

Der Erfolg des erarbeiteten Insolvenzplans hing davon ab, ob von allen Seiten hinreichend Bereitschaft bestand, auf Maximalpositionen zu verzichten.<sup>171</sup> Der Insolvenzverwalter konnte zunächst die widerstreitenden Interessenlagen zusammenführen und entwickelte als Planarchitekt und Planvorleger gem. § 218 InsO einen vermittelnden Lösungsvorschlag, d.h. eine Berechnungsmethode für Insolvenzforderungen, die aus seiner Sicht die unterschiedlichen Belange berücksichtigte. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses wie auch die hauptbeteiligten Anlegervertreter stimmten bereits im Vorfeld zu, auch wenn mit einer anderen Berechnungsmethode eine höhere Auszahlung hätte erzielt werden können. Diese war aber eben gleichfalls nicht sicher. Ein Konsens mit allen Gläubigern ist selten möglich und im Planverfahren gerade deshalb auch nicht erforderlich. Erforderte die Planbestätigung eine hundert-

---

<sup>171</sup> Öffentliche Gläubigerinformation des Insolvenzverwalters im Verfahren Phoenix vom 13.2.2006, abgerufen unter [www.schubra.de](http://www.schubra.de) am 3.10.2013.



prozentige Zustimmung, so wäre dies angesichts der breiten Einbindung der Gläubiger mit unterschiedlichen Forderungen und gegensätzlichen Interessen von vornherein zum Scheitern verurteilt.<sup>172</sup> Grundvoraussetzung war es somit, dass Gläubiger auf Maximalpositionen verzichten und eine Kompromisslösung akzeptieren.

Der Plan war nun von der außergewöhnlichen Idee getragen, die massenhaft streitigen Ansprüche der einzelnen Anleger festzulegen, um anschließend für sie eine jedenfalls in betriebswirtschaftlicher Hinsicht sinnvolle Lösung zu finden und eine schnelle Auszahlung vornehmen zu können. Die weitsichtige Idee des Insolvenzverwalters war es, mithilfe des Insolvenzplans die Art und Weise der Berechnung sämtlicher Forderungen für alle verbindlich zu regeln, um die Höhe im Verhältnis der Gläubiger untereinander und zum Insolvenzverwalter außer Streit zu stellen, damit er sie bei der Verteilung, die dann auf einer gesicherten Insolvenztabelle fußte, berücksichtigen kann.

Die im Insolvenzplan als „Option C“ eingeführte Berechnungsmethode berücksichtigte die Einzahlungen und Auszahlungen an die Anleger zurück, wobei anstelle des tatsächlich ermittelten (negativen) Handelsverlaufs oder ausgewiesener Scheingewinne für den Anlagezeitraum eine fiktive Verzinsung von 3 % zu Gunsten der Anleger berücksichtigt werden sollte.

Soweit die Vorschriften für das Regelverfahren nicht modifiziert bzw. verdrängt wurden, sollten sie im Übrigen anwendbar bleiben. Das Insolvenzverfahren sollte nicht sogleich durch das Insolvenzgericht aufgehoben werden, sondern lediglich die alsbaldige Erlösauskehr der bislang verwerteten Insolvenzmasse an die Gläubiger ermöglichen, indem die Berechnungsmethode im Rahmen der Forderungsprüfung geklärt wird. Der Insolvenzplan sah somit die Forderungsprüfung und die Feststellung zur Insolvenztabelle als Grundlage einer Verteilung an, weshalb auch nur sie modifiziert werden sollte, während die Verteilungsmechanismen im eigentlichen Sinne unangetastet blieben. Zwar meinte der Insolvenzverwalter selbst, dass der Plan nicht die Prüfung der zur Insolvenztabelle festzustellenden Forderungen regeln sollte.<sup>173</sup> Jedoch lässt sich dem Plan diese Aussage in der Form nicht entnehmen. Zwar heißt es dort einerseits, dass mithilfe des Plans abschließend und verbindlich der Modus zur Ermittlung der Anlegerforderungen gefunden werden soll, aufgrund dessen das schuldnerische Vermögen verteilt werden soll. Auch im gestaltenden Teil heißt es, dass die Berechnungsmethode für den Verteilungsmaßstab geregelt wird. Doch demgegenüber spricht der Plan ausdrücklich von „modifizierten Gläubigerforderungen“. Durch den Plan sollen „unmittelbar nur die Insolvenz-

172 Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit, 13. Aufl. 2010, § 244 Rn. 1.

173 Öffentliche Gläubigerinformation des Insolvenzverwalters im Verfahren Phoenix vom 2.3.2009, abgerufen unter [www.schubra.de](http://www.schubra.de) am 3.10.2013.

forderungen geregelt“ und erst anschließend die Quote/Beteiligung an der Insolvenzmasse bestimmt werden. Soweit der Plan nur eine Verteilungsregel bestimmen wollte, ist er jedenfalls ungenau und lückenhaft.

Wichtige Details hinsichtlich der Verteilung blieben bspw. ungeklärt. Lediglich der Betrag der zu verteilenden Masse war unabänderlich vorgegeben. Je nach Berechnungsalternative änderte sich die Summe der zu berücksichtigenden Forderungen und somit der Anteil, also die Quote der Anleger. Unklar blieb bspw., ob überhaupt und wenn ja, wie die Forderungsprüfung durchzuführen war, und ob die einzelne Gläubigerforderung bereits durch den Insolvenzplan modifiziert wird (so meint der BGH<sup>174</sup>) oder/und die bereits angemeldeten Forderungen durch Rücknahme des Widerspruchs noch hätten zur Insolvenztabelle festgestellt werden müssen. Ob und inwieweit also das förmliche Anmelde- und Feststellungsverfahren verändert werden sollte, blieb leider undefiniert.

Rückblickend betrachtet war das Handeln des Insolvenzverwalters kühn und mutig gleichermaßen und allein mit Blick auf das Ergebnis auch aus heutiger Sicht noch eine sinnvolle und pragmatische Möglichkeit, das Verfahren abzuwickeln.

### III. Insolvenzspezifische Einordnung

Die Ziele des Insolvenzverfahrens benennt § 1 InsO. Danach dient das Insolvenzverfahren 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. Die Normen über das Planverfahren sind deshalb auch immer im Zusammenhang mit § 1 InsO zu lesen. Das Planverfahren stellt sich damit als gleichberechtigte Alternative zur Regelabwicklung dar.<sup>175</sup>

#### 1. Plantypen

§ 217 InsO beschreibt nur die Arten von Regelungen, die in einem Plan getroffen werden können, nimmt selbst jedoch keinerlei Klassifizierungen vor.<sup>176</sup> Die Praxis und die Literatur unterscheidet hingegen, auch um dem Plan Struktur zu verleihen, regelmäßig drei Grundtypen. Mit Blick auf das Hauptziel des Insolvenzverfahrens stehen dabei Regelungen im Fokus, die die bestmögliche

<sup>174</sup> BGH ZInsO 2009, 478.

<sup>175</sup> BT-Drs. 12/2443, 2; FA-InsR/Gietl S. 855 Rn. 1; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 217 Rn. 1.

<sup>176</sup> FA-InsR/Gietl S. 857 Rn. 10.

Befriedigung der Gläubiger betreffen. Der Gesetzgeber hat zunächst an die Wiederherstellung der Ertragskraft des sanierten Unternehmens unter Fortführung des Unternehmens oder an eine übertragende Sanierung gedacht.<sup>177</sup> Doch ungeachtet der auf Reorganisation zugeschnittenen Regelungen des Planverfahrens erinnert der Gesetzgeber an die grundsätzliche Flexibilität und Inhaltsoffenheit des Planverfahrens<sup>178</sup> und verweist neben Möglichkeiten, die Haftung des Schuldners zu gestalten und zu regeln, auch auf einen Plan, der darauf beschränkt ist, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten abweichend von den gesetzlichen Vorschriften zu gestalten.<sup>179</sup> Auch wenn also der Insolvenzplan sinnbildlich für eine Sanierung des Schuldners im Sinne einer Reorganisation steht (Sanierungsplan im eigentlichen Sinn), kann mithilfe des Planverfahrens auch eine alternative Liquidation (Liquidationsplan) bzw. übertragende Sanierung (Übertragungsplan) des Unternehmens geregelt werden, wobei eine übertragende Sanierung als Inhalt eines Insolvenzplans wohl nur im Einzelfall Sinn machen dürfte, um sich bspw. das Abstimmungsprozedere in Gruppen zu Nutze zu machen, da sie als Form der Liquidation vom Insolvenzverwalter auch außerhalb des aufwendigen und komplizierten Planverfahrens durchgeführt werden kann.<sup>180</sup>

Der Phoenix-Plan kann danach keinem bekannten Plantyp zugeordnet werden. Das ist aber auch nicht notwendig. Vielmehr entscheidet derjenige, der den Insolvenzplan vorlegt, welches Ziel erreicht werden soll und bringt seine Konzeption zur Abstimmung. Dabei sind sämtliche Mischformen<sup>181</sup> der herkömmlichen Typen statthaft, mit denen die Beteiligten ihre Vorstellungen von einer Abwicklung der Insolvenz umsetzen wollen. Welcher Weg am sinnvollsten ist, lässt sich nur im Einzelfall entscheiden. Dem Grundgedanken der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung verpflichtet, hat der Gesetzgeber das Planverfahren deshalb auch ergebnisoffen konzipiert.<sup>182</sup> Die Struktur des Verfahrens muss vielmehr so angelegt sein, dass keines der möglichen Verfahrensziele vor dem anderen bevorzugt wird oder auch nur erscheint, was der Gesetzgeber auch zum Ausdruck bringen wollte und den Insolvenzplan nur als Möglichkeit benennt, eine abweichende Regelung in Bezug auf Verwertung und Verteilung zu treffen, aber eben nur „insbesondere“ zum Erhalt des Unternehmens. Deshalb wäre auch ein Stufenplan denkbar und zulässig, der bspw. die übergangsweise Fortführung des Betriebes und die anschließende Liquidation vorsieht. Entscheidend ist nicht die Typisierung, sondern die Zuläs-

177 § 1 S. 1 InsO „insbesondere“; BT-Drs. 12/2443, 195.

178 So auch Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 390.

179 BT-Drs. 12/2443, 195; BT-Drs. 17/7511, 35.

180 LSZ-InsO/Rattunde § 217 Rn. 12.

181 So explizit FA-InsR/Gietl S. 858 Rn. 11.

182 BT-Drs. 17/5712, 54; FA-InsR/Gietl S. 857 Rn. 9; Wellensiek WM 1999, 405 (410).

sigkeit der gewünschten Regelung. Der Inhalt eines Insolvenzplans kann also, abhängig vom Ziel, durch Elemente der Liquidation, der Übertragung von Vermögenswerten auf Dritte, der Reorganisation und der Schuldenregulierung gekennzeichnet sein.

Der Phoenix Insolvenzplan ist in mehrfacher Hinsicht besonders und unter Berücksichtigung der anerkannten Plantypen weder ein klassischer Restrukturierungs- noch ein reiner Liquidationsplan, denn er sollte lediglich Rechtsfragen allgemeinverbindlich beantworten und darüber hinaus verfahrensbegleitend wirken. Bei einem verfahrensbegleitenden Insolvenzplan handelt es sich weder um eine neue Gattung, noch um ein neues Rechtsinstitut. Die Abweichung ist nur in einem Punkt erheblich, nämlich dahingehend, dass das Insolvenzverfahren nicht sogleich aufgehoben werden soll. Seine rechtskräftige Bestätigung soll daher nicht die Voraussetzung für die Verfahrensaufhebung (§ 258 Abs. 1 InsO) schaffen.

Der Plan gestaltet dispositive Regelungsbereiche des Regelverfahrens, so dass im Übrigen die gesetzlichen Regelungen zum Regelverfahren gelten. Ein so verstandener verfahrensbegleitender Insolvenzplan kann auch ein Übertragungs- oder Liquidationsplan sein.<sup>183</sup> Ein verfahrensbegleitender Sanierungsplan, der die Insolvenzsituation umfassend bewältigt und die ursprüngliche Unternehmenskontrolle wiederherstellt, ist jedoch dogmatisch nicht denkbar. § 259 InsO setzt hierfür die Aufhebung des Insolvenzverfahrens voraus, was gerade durch die verfahrensbegleitende Wirkung nicht erfolgen kann. Bei einem verfahrensbegleitenden Insolvenzplan handelt es sich also auch nicht um eine neue Bezeichnung bekannter Planmodelle. Es ist deshalb nicht möglich, einen solchen Insolvenzplan allein den Plantypen der Übertragungs- oder Liquidationspläne unterzuordnen. Ein solcher Plan dient vielmehr der Legitimation einer eigenen konkreten Plangestaltung.<sup>184</sup> Durch die Vielzahl so denkbarer Planziele und Plantypen ist die Praxis vielmehr eingeladen, von den gesetzlichen Möglichkeiten Gebrauch zu machen.

## 2. Zulässigkeit der verfahrensbegleitenden Wirkung

Im Zeitpunkt der Vorlage des Phoenix-Plans schwieg das Gesetz hinsichtlich der Zulässigkeit verfahrensbegleitender Pläne. Je nachdem welche Auffassung vertreten wurde, bemühte man entweder den scheinbar eindeutigen Wortlaut des Gesetzes oder den Sinn und Zweck der Vorschriften.<sup>185</sup> Nach § 258

183 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 391; Frank, FS f. Braun, 2007, S. 219 (228).

184 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 391.

185 Pape ZInsO 2011, 1033 (1040), wonach verfahrensbegleitende Pläne ohne weiteres zulässig sind; entgegen Grub DZWIR 2004, 317 (318), der wiederum die Regelung des § 258 InsO seinerzeit für eindeutig hielt.

Abs. 1 InsO a. F. beschloss das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens, sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist. Daraus entnahm man, dass allein die Wirkungen des Insolvenzplans nicht das Insolvenzverfahren beenden, sondern das Insolvenzgericht einen hiervon losgelösten Beschluss fassen muss.<sup>186</sup> Das Gericht konnte die Aufhebung jedoch erst dann beschließen, wenn weitere Voraussetzungen vorlagen. Vor der Aufhebung hat der Insolvenzverwalter bspw. die unstreitigen fälligen Masseansprüche zu berichtigen und für die streitigen oder nicht fälligen Sicherheit zu leisten (§ 258 Abs. 2 InsO). Aufgrund dieser Argumentationskette wurde in der Literatur vertreten, dass ein rechtskräftiger Insolvenzplan lediglich eine wichtige Voraussetzung für eine Verfahrensaufhebung durch Gerichtsbeschluss schafft, aber – entgegen des vermeintlich eindeutigen Wortlauts des § 258 Abs. 1 InsO a. F. – das Planverfahren nicht in der Beendigung des Verfahrens münden müsse.<sup>187</sup> Über die durch die wissenschaftliche Diskussion aufgeworfene Frage, die im Plan zugunsten der verfahrensbegleitenden Wirkung beantwortet wurde, hat der Gesetzgeber mit Einführung des Reformgesetzes ESUG mittlerweile entschieden.<sup>188</sup> § 258 Abs. 1 InsO sieht nunmehr vor, dass das Insolvenzgericht nur dann das Insolvenzverfahren durch Beschluss beendet, sofern der Plan nicht etwas anderes vorsieht. Die durch das ESUG geregelte Zulässigkeit der verfahrensbegleitenden Insolvenzpläne sollte dabei als Klarstellung der bisherigen Rechtslage verstanden werden – ganz im Zeichen der Flexibilität des Planverfahrens.

Ein verfahrensbegleitender Plan soll keine vom Regelverfahren abweichende Gesamtregelung zur Überwindung der Insolvenz finden, sondern lediglich abweichende Regelungen für einzelne Verfahrensabschnitte vorsehen, während das Verfahren im Übrigen weiterhin nach den Vorschriften über das Regelverfahren abgewickelt werden soll.<sup>189</sup> Ungeachtet dessen steht der Insolvenzplan in den Köpfen vieler Planverfasser unverändert sinnbildlich für ein im Vergleich zum Regelverfahren alternatives *Ende* des Insolvenzverfahrens. Wer einen Insolvenzplan zur Abstimmung bringt, möchte in der Regel den Schuldner sanieren, restrukturieren und die Insolvenzgründe vollständig beseitigen oder abweichend von den Vorschriften der Insolvenzordnung über die Verwertung und Verteilung liquidieren und verteilen, was den bislang schmalen Anwendungsbereich verfahrensbegleitender Pläne erklären mag.

186 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 389; FK-InsO/Jaffé § 258 Rn. 1, 5; MüKoInsO/Huber § 258 Rn. 1.

187 Frank, FS f. Braun, 2007, S. 219 ff.; Heinrich NZI 2008, 74 (78); ohne Begründung auch BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Piekenbrock LMK 2009, 281471.

188 BGBl. I 2011, 2582.

189 Hmb-Komm-InsO/Thies § 217 Rn. 8.

### 3. Anwendungsbereich, einheitlicher Terminus technicus?

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass nur in wenigen Fällen in der Praxis ein Bedürfnis für solche Pläne bestehen wird – er sei eine „Ausnahmererscheinung“.<sup>190</sup> Begründet wird dies damit, dass unter den Regelungen des ESUG in entsprechend bedeutsamen Fällen oftmals ein Gläubigerausschuss bestellt sein wird, der die Verfahrensabwicklung mit dem Insolvenzverwalter abstimmt. Nur in Einzelfällen und bei entsprechend hoher Komplexität der zu regelnden Problematik sei es denkbar, dass der Schuldner oder der Verwalter die weitere Verfahrensabwicklung mit der gesamten Gläubigerschaft abstimmen werden *wollen*.<sup>191</sup> Dies mag für Marginalien oder unwesentlichen Abstimmungen von Verfahrensschritten und Rechtsfragen richtig sein, jedoch geht es gerade darum, eine Regelung im Plan zu treffen, die über den gesetzlich vorgeschriebenen Kompetenzkatalog der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses hinausgeht und daher überhaupt erst im Planverfahren möglich ist und mit der gesamten Gläubigerschaft abgestimmt werden *muss*. Darüber hinaus besteht für das Fachpublikum ein erhebliches Bedürfnis an einer fortdauernden rechtswissenschaftlichen Diskussion, dem verfahrensbegleitenden Plan mehr Kontur zu verschaffen und den Anwendungsbereich weiter zu definieren.

Denn verfahrensbegleitende Insolvenzpläne werden nach wie vor in der Literatur stiefmütterlich behandelt und finden in der Insolvenzpraxis auch aufgrund der bis 2011 unklaren gesetzlichen Regelung als ein Handlungsinstrument im Insolvenzrecht – soweit ersichtlich – kaum Anwendung. Auch dadurch bedingt konnte sich bis heute weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung ein einheitlicher Begriff herausbilden, der aber für die Weiterentwicklung dieses Gestaltungsinstruments wohl förderlich und zu begrüßen wäre. Darüber hinaus ermangelt es auch an Urteilen und Beschlüssen der Rechtsprechung, durch die streitige Fragen einer gesetzes- und verfassungskonformen Lösung zugeführt werden. Man hätte vermuten können, dass der Stillstand durch die Klarstellung im Rahmen des ESUG hätte durchbrochen und verfahrensbegleitende Insolvenzpläne eine neue Anwendungsvielfalt erfahren können. Diese Wirkung blieb jedoch aus. Es fragt sich warum. Die zurückhaltende Entwicklung fußt sicherlich auf mehreren Faktoren. Zum einen tauchen regelmäßig nicht vorhersehbare Probleme bei der Durchführung eines Plans auf. So ist es trotz sorgfältiger Vorarbeit selten möglich, den Erfolg eines Insolvenzplans im Vorfeld vorherzusagen – sicher erst recht nicht, wenn er Streitige Rechtsfragen klären soll. Derjenige, der einen Insolvenzplan zur Abstimmung vorlegen möchte, hat eine schwierige Materie zu bearbeiten und muss die Gläubiger von den Vorteilen und einzugehenden Kompromissen überzeugen, wobei die

190 Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 217 Rn. 16.

191 Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 217 Rn. 16.



Interessen vieler Beteiligten zu berücksichtigen sind. Dies gilt für verfahrensbeendende wie für verfahrensbegleitende Insolvenzpläne gleichermaßen. Es bedarf sicher einer guten Argumentation, ein Planverfahren durchführen und anschließend das Regelverfahren weiterführen zu wollen. Möglich ist es jedenfalls.

*Frank* nahm den Begriff des verfahrensleitenden Insolvenzplans auf und plädierte frühzeitig für seine Anerkennung.<sup>192</sup> Dieser Begriff ist streng genommen ungenau und vermischt verschiedene Ebene miteinander. Bezeichnungen wie Teilpläne<sup>193</sup> erscheinen konturenlos und vermitteln den Eindruck, in Bezug auf die Wirkung in sich nicht abgeschlossener Insolvenzpläne. *Simon/Brüinkmanns* implementierten den Begriff des Abwicklungsplans und beziehen sich auf die Möglichkeit der Ausgliederung von sanierungswürdigen Betriebsteilen mithilfe eines verfahrensbegleitenden Insolvenzplans, während im Übrigen die gesetzlichen Regelungen zum Regelverfahren greifen.<sup>194</sup> Nach meinem Dafürhalten trifft der Begriff des „verfahrensbegleitenden“ Insolvenzplans am ehesten den Kern der Sache. Denn er modifiziert nur einzelne Aspekte der Abwicklung des Regelverfahrens und entfaltet keine prozessualen Hauptwirkungen, insbesondere nicht in Bezug auf § 258 InsO. Es verbleibt dabei, dass nur das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens beschließt und der Insolvenzverwalter zuvor Masseansprüche zu berichtigen hat. Mit der Begrifflichkeit „Verfahren“ soll darüber hinaus keinesfalls die Diskussion um die Rechtsnatur des Insolvenzplans wieder ein neues Spielfeld erhalten. Auch ein verfahrensbegleitender Insolvenzplan ist kein Prozessvertrag, da er den Verfahrensablauf für das Insolvenzgericht gerade nicht verbindlich verändern kann.<sup>195</sup> Ein verfahrensbegleitender Insolvenzplan enthält auch keine unmittelbaren prozessualen Regelungen, weshalb die Bezeichnung solcher Insolvenzpläne als verfahrensleitend (im Sinne von „das Verfahren leitend“) unpassend und irreführend erscheint.<sup>196</sup> Das ist konsequent, denn die Beteiligtenautonomie endet dort, wo zwingende Verfahrensregelungen die Funktion des Insolvenzverfahrens oder aber die Verfahrensrechte der Beteiligten schützen.<sup>197</sup> So verstanden können verfahrensbegleitende Insolvenzpläne nur einzelne dispositive Aspekte der Verfahrensabwicklung regeln, wobei im Übrigen die Bestimmungen für das Regelverfahren unverändert Geltung beanspruchen sollen. Insofern modifiziert und/oder ersetzt der Plan nach rechtskräftiger Planbestätigung nur die Regelungen, die er ausdrücklich vorsieht. Ein solcher Plan leitet das Insolvenzverfahren deshalb nicht, sondern begleitet es.

192 Frank, FS f. Braun, 2007, S. 219 ff.

193 BT-Drs.17/5712, 68; HK-InsO/*Flessner* § 258 Rn. 4.

194 Simon/Brüinkmanns ZIP 2014, 657 (660).

195 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 395.

196 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 391.

197 Frank, FS f. Braun, 2007, S. 219 (222); Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 392.

## B. Der Phoenix-Plan auf dem Prüfstand der Gerichte

In 2007 wurde der Insolvenzplan im Erörterungs- und Abstimmungstermin von der Mehrheit der anwesenden Gläubiger angenommen.<sup>198</sup> Das Amtsgericht Frankfurt am Main bestätigte den Insolvenzplan durch Beschluss.<sup>199</sup> Gegen die Bestätigung des Insolvenzplans legten 16 Gläubiger Beschwerde nach § 253 InsO ein. Eine Großgläubigerin machte insbesondere geltend, sie habe erst in den letzten Monaten vor Antragstellung erhebliche Einzahlungen geleistet. Ihre Einzahlungsbeträge seien ihr nahezu in vollem Umfang zurückzuerstatten, weil auch nach einer fiktiven vertragsgemäßen Abrechnungsmethode keine Verluste angefallen sein können und weil es als Treuhandvermögen auszusondern wäre. So zahlte sie im Zeitraum von September 2003 bis März 2005 etwa 11 Mio. US-Dollar ein und beanspruchte nach ihrer Berechnung ca. 9,4 Mio. US-Dollar, statt eines Betrages von ca. 2,7 Mio. EUR, der ihr nach der Insolvenzplanlösung zugeflossen wäre.<sup>200</sup>

Hauptargument war, dass im Insolvenzplan über Treuhandvermögen verfügt werde, was gesetzlich nicht zulässig sei. Die Anlegerin vertrat die Auffassung, dass ein Anleger desto mehr Geld bekommen müsse, je später er eingezahlt habe (Prinzip „Last-In-First-Out“). Der Insolvenzverwalter argumentierte hingegen, dass sich die Anleger bewusst für eine Risikogemeinschaft (Anlage auf Omnibuskonten) entschieden hätten, was einer individuellen Verteilung von Verlusten im Einzelfall widersprechen würde. Diese Argumentation bezog sich erkennbar auf die vermeintlichen Aussonderungsrechte, da der Insolvenzverwalter selbst eine vertragsgemäße Abrechnung als Lösungsmöglichkeit sah. Jedoch waren dem Insolvenzverwalter die Probleme insbesondere in Bezug auf behauptete Aussonderungsrechte und der Modalitäten der Forderungsberechnung bewusst. Deshalb sollte der Insolvenzplan gerade das Problem der unterschiedlichen Auffassungen über die Höhe der Auskehrung an einzelne Anleger lösen, und die Anleger hauptsächlich aufgrund der eingegangenen bewussten Risikogemeinschaft gleich behandeln.

Genau genommen schien die Großgläubigerin nicht die Berechnungsmethode anzugreifen, sondern nur die Gleichbehandlung sämtlicher Konten (seien sie nun als NOSTRO-Konten oder als Treuhandkonten bezeichnet). Dadurch, dass die Anlegerin zu einer Zeit investierte, in der die Schuldnerin kaum spekulative Geschäfte mehr durchführte, konnte über die „Option C“

198 Die Auswertung der Abstimmung des am 19.4.2007 durchgeführten Erörterungs- und Abstimmungstermins ergab eine Kopfmehrheit von 99,7 % und eine Summenmehrheit von 93,6 %.

199 Öffentliche Gläubigerinformation des Insolvenzverwalters im Verfahren Phoenix vom 2.11.2007, abgerufen unter [www.schubra.de](http://www.schubra.de) am 22.8.2014.

200 Im Insolvenzplan war vorgesehen, dass alle Anleger gleich behandelt werden und eine Ausschüttung in Höhe von etwa 28 % auf die eingezahlten Gelder vorgenommen wird.



nahezu die vollständige Einzahlung als Forderung anerkannt werden. Eine darüber hinausgehende Forderung hätte die Beschwerdeführerin voraussichtlich auch nicht über einen streitigen Prozess anerkannt bekommen, da – wie gesagt – keine spekulativen Geschäfte und die vertragsgemäße Abrechnung kaum tatsächliche Gewinne oder Verluste ausgewiesen hätte. Die Beschwerdeführerin wollte jedoch erreichen, als Aussonderungsberechtigte behandelt zu werden und verhindern, dass die behaupteten Aussonderungsrechte nach Durchführung der Verteilung nicht mehr befriedigt werden können. Doch auch diese Lösung war problematisch. Hätte man Aussonderungsrechte der Anleger anerkannt, wären keinesfalls genügend Gelder vorhanden gewesen, um alle Ansprüche befriedigen zu können, zumal gerade die Höhe der anderen Gläubigerforderungen ohne Planlösung streitig blieb.

### **I. Landgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 29.10.2007**

Das Landgericht gab nur der Beschwerde der Großgläubigerin statt und hob die Planbestätigung des Amtsgerichtes Frankfurt am Main auf.<sup>201</sup> Die weiteren 15 Beschwerden wurden als unzulässig verworfen. Die Richter stellten in ihrer Begründung hauptsächlich darauf ab, dass Verfahrensvorschriften im Sinne des § 217 InsO in der damaligen Fassung missachtet wurden, weil Vorschriften über die Verfahrensaufhebung und die Forderungsfeststellung nach §§ 174 ff. InsO nicht abdingbar seien und auch keine Sondervorschriften bestünden. Darüber hinaus sehe die Insolvenzordnung einen lediglich verfahrensbegleitenden Insolvenzplan nicht vor (§ 258 InsO a. F.). Die Aufhebung des Insolvenzverfahrens solle gerade der Verfahrensbeschleunigung und damit der Entlastung der Insolvenzgerichte dienen. Dies sei zwingend. Eine Begründung blieb das LG jedoch schuldig und verwies lediglich auf zwei Fundstellen in der Literatur.<sup>202</sup> Der Münchner Kommentar ist diesbezüglich ungenau. *Eidenmüller* begründet dort nicht die Planfestigkeit der §§ 174 ff. InsO, sondern zählt lediglich Vorschriften auf, von denen mit Zwangswirkung gegen Widersprechende abgewichen werden kann. Die Entscheidungsgründe konnten die Beteiligten wohl auch deshalb nicht überzeugen, weshalb sich der Insolvenzverwalter sowie eine Gläubigerin, die für den Plan gestimmt hatte, mit der Rechtsbeschwerde an den BGH wandten.

<sup>201</sup> LG Frankfurt ZIP 2007, 2229; öffentliche Gläubigerinformation des Insolvenzverwalters im Verfahren Phoenix vom 30.5.2007, abgerufen unter [www.schubra.de](http://www.schubra.de) am 22.8.2014.

<sup>202</sup> U. a. *MüKoInsO/Eidenmüller*, 2. Aufl. 2008, § 217 Rn. 141 (ähnlich aktuelle Auflage: *MüKoInsO/Eidenmüller*, § 217 Rn. 151).

## II. BGH, Beschluss vom 5.2.2009

Die Beschwerden blieben ohne Erfolg und der BGH bestätigte die Entscheidung des Landgerichtes Frankfurt am Main.<sup>203</sup> Die Karlsruher Richter entschieden, dass Gegenstand des Insolvenzplans nur die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Haftung des Schuldners nach Beendigung des Insolvenzverfahrens sein könne (§ 217 InsO).

Sie führten weiter aus, dass Voraussetzung für die Zulässigkeit des Planinhalts immer sei, dass nur plandispositive Gegenstände geregelt werden. Von planfesten Vorschriften darf nicht abgewichen werden, es sei denn, es bestehen *Sondervorschriften*, die eine Abweichung ausdrücklich zulassen.<sup>204</sup> Zu den Vorschriften, die nicht Gegenstand der Regelungen in einem Insolvenzplan sein können, gehören die Vorschriften über die Feststellung der Forderungen der Gläubiger, von denen der Insolvenzplan vorliegend durch „Modifizierung der Gläubigerforderungen“ abweichen will. Die Normen der §§ 174 ff. InsO seien damit zwingend und deshalb der Gläubigerautonomie entzogen. Damit scheint der BGH zunächst auf einen eng definierten Wortlaut abzustellen.

Die Richter am BGH führten aber weitergehende Argumente ins Feld. So dürfen die Gläubiger nicht durch Mehrheitsbeschluss bestimmen, in welchem Umfang die angemeldeten Forderungen in die Insolvenztabelle aufgenommen werden. Die §§ 174 ff. InsO sollen den Gläubigern das Recht garantieren, ihre Forderungen in einem formalisierten Prüfungsverfahren feststellen lassen und im Fall des Widerspruchs gerichtlich verfolgen zu können. Dieser Rechtsweg dürfe den Gläubigern nicht durch einen Insolvenzplan entzogen werden. Andernfalls wäre es möglich – so die Richter – durch Mehrheitsbeschluss einzelnen Gläubigern ihre Forderung vollständig oder teilweise zu entziehen. Die Richter führten diesen Gedanken konsequent mit dem Ergebnis weiter, dass auch das dem Insolvenzverwalter und den anderen Gläubigern eingeräumte Widerspruchsrecht spiegelbildlich nicht wirksam ausgeübt werden könne, weil die Regelungen des Insolvenzplans dem entgegenstünden. All dies sei mit den verfahrensrechtlichen Garantien der §§ 174 ff. InsO nicht zu vereinbaren.

Zwar erkannten die Richter, dass im zu entscheidenden Fall (letztendlich auch) die Befriedigung der Insolvenzgläubiger über einen Insolvenzplan erfolgen sollte, was mit Blick auf § 217 S. 1 a. F. InsO formal möglich erschien. Jedoch sei auch über den Umweg der Befriedigung die Vorschriften der §§ 174 ff. InsO zwingend zu beachten, da keine Sondervorschriften existieren würden, die eine Abweichung ausdrücklich zulassen.

<sup>203</sup> BGH ZInsO 2009, 478.

<sup>204</sup> BGH ZInsO 2009, 478; Braun-InsO/Braun/Frank § 217 Rn. 3; MüKoInsO/Eidenmüller § 217 Rn. 98 ff; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 217 Rn. 12.

Auf die Frage, ob ein Insolvenzplan nur verfahrensbegleitend sein kann oder das Insolvenzverfahren beenden muss, wie es das Landgericht Frankfurt am Main noch vertrat, kam es nicht (mehr) an und wurde nicht entschieden.

### III. Zwischenergebnis

Der Beschluss hatte zur Folge, dass der Insolvenzplan nicht umgesetzt werden konnte. Der *Status quo ante* war damit wieder hergestellt und der Verfahrensstand von 2009 in das Jahr 2005 zurückversetzt. Für die Beteiligten war das eine herbe Enttäuschung. Der Insolvenzverwalter sah sich wieder den ungeklärten Rechtsverhältnissen gegenüber und verwies vor diesem Hintergrund auf die Bestimmungen der Insolvenzordnung für die Durchführung des Regelverfahrens. Für die geschädigten Anleger begann das Insolvenzverfahren damit gefühlt von vorn. Bis zu diesem Zeitpunkt sahen sich die Gläubiger verständlicherweise nicht veranlasst, ihre Forderungen streitig feststellen zu lassen. Ungeachtet der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit des Plans und der überragenden Zustimmungsquoten hat sich die Praxis der Entscheidung des BGH zu beugen. Zukünftige Planvorleger müssen befürchten, dass ein Insolvenzplan, mit dem von der Wertung der §§ 174 ff. InsO abgewichen werden soll, vom Insolvenzgericht wohl bereits von Amts wegen zurückgewiesen wird (§ 231 InsO). Das wäre auch dann der Fall, wenn die Regelungen im Insolvenzplan mit allen Gläubigern abgestimmt wären. Die Praxis musste deshalb akzeptieren, dass in einem Insolvenzplan die Frage der Forderungsberechnung nicht mit unmittelbarer Wirkung auf das Anmelde- und Feststellungsverfahren geregelt werden könne. Im Ergebnis setzt der BGH dem zulässigen Inhalt von Insolvenzplänen damit deutliche Grenzen.<sup>205</sup>

Die Literatur hat die Entscheidung weitestgehend unkritisch übernommen und die Begründung und Rechtsfolgen der Entscheidung kaum zur Diskussion gestellt.<sup>206</sup> In den aktuelleren Schriften, Kommentaren oder Lehrbüchern<sup>207</sup> findet sich häufig nur noch ein kommentarloser Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH. Die Zahl derjenigen, die sich mit dem speziellen Problem der Forderungsfeststellung durch Mehrheitsmacht beschäftigt haben, ist damit überschaubar.

<sup>205</sup> Dahl/Thomas GWR 2011, 179 (180).

<sup>206</sup> Besprechungen bei: Baumert/Schmitt NZI 2012, 394 ff.; Dahl/Thomas GWR 2011, 179 ff.; BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437; auch Anm. Pickenbrock LMK 2009, 281471; Heinrich NZI 2009, 546 ff.

<sup>207</sup> U.a. Beck/Depré/Exner/Beck § 43 Rn. 6; Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 3, 90; Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 217 Rn. 9; MüKoInsO/Eidenmüller § 217 Rn. 152; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 221 Rn. 12; nur mit kurzer Auseinandersetzung: Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, S. 128.

## Kapitel 5: Untersuchung der Planfestigkeit der §§ 174 ff. InsO

### A. Ziel

Auch wenn der Staat und die Bürger an die Gesetze in der Auslegung gebunden sind, wie sie die Gesetze durch die Gerichte derzeit erfahren haben, ist die fortdauernde rechtswissenschaftliche Diskussion nicht ausgeschlossen.<sup>208</sup> Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (Art. 97 Abs. 1 GG). Bei der Rechtsfindung dürfen sie sich jedoch nicht von eigenen Interessen leiten lassen, sondern müssen allein nach den Vorgaben der Rechtssätze eine eigenverantwortliche Entscheidung treffen, wobei sie die anerkannten Auslegungsmethoden anzuwenden haben, um die streitentscheidenden Norm zu interpretieren.<sup>209</sup> Auf diesem Weg der Erkenntnis hat der Richter die im Gesetz niedergelegten und verbindlich festgelegten Wertungen des Gesetzgebers zu ermitteln und nachzuvollziehen. Vor diesem Hintergrund soll das Judikat des BGH für die nachfolgende Betrachtung als Ergebnis der zu jener Zeit vorgenommenen Auslegung begriffen werden, also u. U. nur als ein Ergebnis von womöglich mehreren vertretbaren Ansätzen. Denn § 217 InsO ist eine Grundnorm, die durch andere Normen ergänzt, vervollständigt, konkretisiert, erweitert oder eingeschränkt werden muss. Eine methodenrechtliche Auseinandersetzung mit der streitentscheidenden Norm mit dem Ziel, die Bedeutung des Gesetzes zu erörtern, scheint erforderlich und geboten.

Bei der Auslegung tauchen regelmäßige Auslegungsfragen auf. Sie sind insbesondere eine Folgeerscheinung jeder bedeutsamen Reform im Wirtschaftsrecht und die Praxis hat sich in einem Anpassungs- und Einstellungsprozess auf die neue Rechtslage einzustellen.<sup>210</sup> Die Praxis wird sich ungeachtet dessen allein aus praktischen Erwägungen heraus an der Meinung der obersten Gerichtshöfe orientieren. Nun könnte man meinen, dass alle Konflikte über die Reichweite und den Umfang der Privatautonomie, die durch den nicht dispositiven Regelungsbereich begrenzt wird, am Ende des Tages als Ergebnis eines wissenschaftlichen und praktischen Diskurs von der Rechtsprechung gelöst werden. Doch die das Planverfahren betreffende Judikatur, die der Praxis Orientierung bietet, ist verhältnismäßig überschaubar. Vor diesem Hintergrund schließe ich mich dem Appell<sup>211</sup> an die für Insolvenzsachen zuständigen

---

208 Wank, Auslegung von Gesetzen, 2005, S. 42.

209 BeckOK GG/Morgenthaler Art. 97 Rn. 4, 7.

210 Rostocker Schrift zum Bankrecht, 2013, Bornemann, S. 10.

211 BGH ZInsO 2015, 1398 mit Anm. Madaus NZI 2015, 697 (702).

Gerichte an, Rechtsbeschwerden gerade in Fällen zuzulassen, in denen sich Unklarheiten im Umgang mit den rechtlichen Grundlagen des Planverfahrens zeigen. Der Insolvenzplan ist eine Ausnahmeerscheinung. Dadurch bedingt gibt es im Planverfahren diverse Graubereiche, die sicher wohl auch deshalb noch nicht Gegenstand einer streitigen Auseinandersetzung waren, weil sie, d. h. die jeweiligen Regelungen, nicht beanstandet wurden oder aus praktischen Erwägungen heraus nicht versucht wurde, die zu Grunde liegenden Probleme einer gestalterischen Planlösung zuzuführen. Eine Erörterung ist gefragt.

## **B. Prüfungsreihenfolge**

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Planinhalts ist immer, dass nur plan-dispositive Gegenstände geregelt werden. Nach allgemeinen Grundsätzen und entsprechend der Rechtsprechung des BGH darf von planfesten Vorschriften nicht abgewichen werden, es sei denn, es bestehen Sondervorschriften, die eine Abweichung ausdrücklich zulassen.<sup>212</sup> Die Prüfung der Planfestigkeit erfolgt somit in 2 Stufen. Existiert eine Sondervorschrift, kommt es auf die Frage, ob der gewünschte Regelungsbereich dispositiv ist, nicht mehr an und ist deshalb – vergleichbar einer „aufdrängenden Sonderzuweisung“ – als Erstes zu prüfen. Nur für den Fall, dass gerade keine Sondervorschrift existiert, muss § 217 S. 1 InsO beurteilt und nach fachgesetzlichen Maßstäben im Lichte der Grundrechte ausgelegt werden, ob der betreffende Regelungsgehalt mit einem Insolvenzplan modifiziert werden kann.

## **C. Keine Spezialvorschrift**

Für das Planverfahren existieren diverse Sondervorschriften.<sup>213</sup> Nach den Entscheidungsgründen des BGH existiert jedoch keine Sondervorschrift, mit der vom Feststellungsverfahren durch „Modifizierung der Gläubigerforderungen“

---

<sup>212</sup> BGH ZInsO 2009, 478.

<sup>213</sup> So hat nach § 66 InsO der Insolvenzverwalter bei der Beendigung seines Amtes Rechnung zu legen, sofern der Insolvenzplan keine abweichende Regelung trifft. In einem Insolvenzplan kann die Nachschusspflicht der Mitglieder einer eingetragenen Genossenschaft (§ 105 Abs. 1 S. 2 GenG) wie auch die persönliche Haftung der Ehegatten bzw. der eingetragenen Lebenspartner geregelt werden (§ 334 Abs. 2 InsO). Massegläubiger gehören gleichfalls nicht zum erfassten Personenkreis. Nur nach der Sondervorschrift des § 210a InsO treten die Massegläubiger an die Stelle der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger.

abgewichen werden kann. Nach *Heinrich* begegnen die Ausführungen des BGH, dass es andernfalls durch Mehrheitsbeschluss möglich wäre, einzelnen Gläubigern – oder wie vorliegend einer ganzen Gruppe von Gläubigern – ihre Forderungen vollständig oder teilweise entziehen zu können, mit Blick auf § 224 InsO erheblichen Bedenken.<sup>214</sup> Nach dieser Norm werden ausdrücklich Eingriffe in die Rechte der einfachen Insolvenzgläubiger legitimiert. Der Insolvenzplan müsse im gestaltenden Teil des Insolvenzplans lediglich ausweisen, um welchen Bruchteil die Forderungen gekürzt, für welchen Zeitraum sie gestundet, wie sie gesichert oder welchen sonstigen Regelungen sie unterworfen werden sollen. *Heinrich* betrachtet die Rechtsfolgen und stellt fest, dass wirtschaftlich identische Ergebnisse erzielt werden können. Und bei der Kürzung der Forderungen besteht mittlerweile ein hoher Gestaltungsspielraum, weil das Gesetz keine Mindestquoten (mehr) vorsieht.<sup>215</sup> Ob der Planvorleger nun den Weg über § 224 InsO oder über die §§ 174 ff. InsO wählt, könne nicht das entscheidende Abgrenzungskriterium sein, da jedenfalls das Ergebnis identisch sei.

Auf den ersten Blick scheint der Ansatz zu überzeugen. Und zugegebenermaßen ist die vom BGH gewählte Formulierung unglücklich. Eine Forderung kann natürlich durch Mehrheitsbeschluss ganz oder teilweise entzogen werden und ist regelmäßig ein wesentlicher Regelungsgegenstand in einem Insolvenzplan. Die Gestaltungsvarietät von Insolvenzplänen erlaubt es unbestritten, dass der Schuldner mit der im gestaltenden Teil vorgesehenen Befriedigung der Insolvenzgläubiger von seinen restlichen Verbindlichkeiten gegenüber diesen Gläubigern befreit werden kann, soweit im Insolvenzplan nichts anderes bestimmt wurde (§ 227 Abs. 1 InsO). Aber auch § 225 Abs. 1 InsO greift in die Rechte von Insolvenzgläubigern ein. Danach gelten die Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger als erlassen, wenn im Insolvenzplan nichts anderes bestimmt ist.

Würde während der Dauer eines Insolvenzverfahrens über die Berechtigung der bestrittenen Forderung über ein gerichtliches Verfahren entschieden und im Ergebnis der im Prozess zuerkannte Betrag zur Insolvenztabelle festgestellt werden, könnte in einem Insolvenzplan geregelt werden, dass die Forderung anschließend gekürzt wird. Auf dieser Grundlage wird dann erst die Forderung befriedigt. Das Ergebnis ist wirtschaftlich tatsächlich identisch, weil ungeachtet der gewählten Alternative stets ein gleich bleibender Betrag

---

<sup>214</sup> Heinrich NZI 2009, 546 (548); Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, S. 128, Rn. 6.84; Smid DZWIR 2010, 45 (59): Autoren bezeichnen das Argument des BGH als nicht zielführend, halten die Entscheidung des BGH im Ergebnis und mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG jedoch für richtig.

<sup>215</sup> So noch § 7 Abs. 1 S. 2 VerglO – den Vergleichsgläubigern müssen mindestens fünfund-dreißig vom Hundert ihrer Forderungen gewährt werden (Mindestsatz).

der Insolvenzmasse auf eine identische Forderungssumme zu verteilen wäre. § 224 InsO setzt damit voraus, dass es nur noch um die Höhe des Bruchteils geht – also das „wie“ – und nicht mehr um das „ob“. Die Kürzung der Forderung ist dem Planverfahren also immanent.

Auf den zweiten Blick sind aber Zweifel angebracht, da eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise rechtsdogmatisch nicht überzeugt. § 224 InsO regelt die Rechte der Insolvenzgläubiger und ist – wie sich zeigen wird – nur eine § 217 InsO konkretisierende Norm und keine Sondervorschrift im Sinne der Rechtsprechung.

Für die nicht nachrangigen Gläubiger ist im gestaltenden Teil des Insolvenzplans anzugeben, um welchen Bruchteil die Forderungen gekürzt werden sollen, was eine Regelung der Haftung des Schuldners im Sinne des § 217 InsO darstellt, oder für welchen Zeitraum sie gestundet oder wie sie gesichert werden soll und ist damit jeweils eine Form der Regelung der Befriedigung der Insolvenzgläubiger im Sinne des § 217 InsO.

Die Bedeutung des Anmelde- und Feststellungsverfahrens nach §§ 174 ff. InsO und die des § 224 InsO sind darüber hinaus grundverschieden.

Über das Anmelde- und Feststellungsverfahren kann der Gläubiger seine Forderung in Bezug zum Schuldner, Insolvenzverwalter und anderen Gläubigern außer Streit stellen lassen und kann nach Aufhebung des Verfahrens aus der Eintragung in die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben, soweit der Schuldner als natürliche Person keine Restschuldbefreiung erlangt hat oder das Unternehmen überhaupt noch existiert und nicht wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht wurde.

Demgegenüber tangiert § 224 InsO das Anmelde- und Feststellungsverfahren nicht, soll es auch gar nicht, denn es setzt weder ein festgestelltes oder noch ein festzustellendes Gläubigerrecht voraus, da Forderungen von den Rechtswirkungen auch dann erfasst werden, wenn die Forderung nicht angemeldet wurde (also erst recht auch wenn sie angemeldet aber bestritten wurde). Mit den Wirkungen eines Insolvenzplans in Bezug auf die Nichterfüllung einer nicht zur Tabelle festgestellten Forderung hatten sich die Obergerichte zuletzt in 2015<sup>216</sup> ausführlich auseinandergesetzt. Mit der Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans treten die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen ein, insbesondere eine Erlassquote für und gegen alle Beteiligte (§ 254 Abs. 1 InsO). Auch nicht angemeldete und damit erst recht bestrittene Forderungen gelten als erlassen bzw. gekürzt.

Gläubiger, die sich am Insolvenzverfahren nicht beteiligen und ihre Forderung nicht angemeldet haben, verlieren jedoch nicht ihr materielles Forde-

216 BGH ZInsO 2015, 1398; BGH ZInsO 2012, 1321; vgl. auch BAG ZIP 2016, 178.



rungsrecht, sondern können sich nur nicht auf eine Tabelleneintragung stützen und können deshalb nicht erleichtert die Zwangsvollstreckung betreiben. Eine Prüfung und Feststellung von Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens kann nicht mehr erfolgen, was nicht zur Folge hat, dass Gläubiger ausgeschlossen sind. Wurde eine Forderung mangels Anmeldung nicht zur Tabelle festgestellt, muss der Gläubiger seine Forderung daher vom jeweils zuständigen Prozessgericht zunächst rechtskräftig feststellen lassen, wenn der Schuldner die Berechtigung bestreitet, wobei im Streit dann nur noch die Forderung begrenzt auf die Höhe der im Insolvenzplan festgelegten Quote stehen kann. Nach Beendigung des Insolvenzverfahrens hat der Gläubiger aufgrund des Vorrangs der Leistungsklage vor den ordentlichen Gerichten Leistungsklage zu erheben und zwar nunmehr direkt gegenüber dem Schuldner, da es kein förmliches Feststellungsverfahren mehr gibt.<sup>217</sup>

Der Phoenix-Plan sollte hingegen die Grundlage einer Verteilung schaffen und einen Berechnungsmodus vorgeben, der sich unmittelbar auf das Feststellungsverfahren auswirken sollte. Langwierige Streitigkeiten über die Höhe der jeweiligen Forderung sollten vermieden werden. Nach dem Beschluss des BGH dürfe jedoch den Gläubigern das formale Feststellungsverfahren, über das die Forderungen streitig festgestellt werden könne, nicht entzogen werden. Wer die Kosten oder Mühen scheut, kann sich nur einvernehmlich mit dem Insolvenzverwalter einigen und seine ursprüngliche Anmeldung korrigieren. Das Ergebnis einer Einigung oder eines Feststellungsprozesse ist jedoch nur eine festgestellte Forderung. Genau dieses Ergebnis sollte über den Plan erreicht werden – und nur dieses. Eine Kürzung, wie sie § 224 InsO dem Grunde nach ermöglicht, war nicht beabsichtigt. Aufgrund der verschiedenen Zielrichtungen und Zwecke des Anmelde- und Feststellungsverfahrens kann § 224 InsO nicht als Ausnahmenorm bezeichnet werden – wie es der BGH auch richtig sah.

Schließlich verwischt der Verweis auf § 224 InsO den klaren Verfahrensablauf. Die Bedeutung eines geordneten Anmelde- und Feststellungsverfahrens ist vielschichtig. Die angemeldete und/oder festgestellte Forderung in einem Insolvenzverfahren ermöglicht nicht nur, am Erlös zu partizipieren. Sie gewährt – wie bereits erläutert – diverse Insolvenzgläubigerrechte, u. a. Teilhaberechte am Verfahren insgesamt und auch Stimmrechte, um das Verfahren mitgestalten zu können. Diese Teilhabe- und Mitbestimmungsrechte setzen eine Gläubigerposition voraus, die – sofern das Gesetz keine einvernehmliche

---

<sup>217</sup> Der BGH spricht allgemein nur davon, dass die Forderung zunächst vom Prozessgericht „rechtskräftig festgestellt“ werden muss, BGH ZInsO 2012, 1321; demgegenüber ausdrücklich aber der BAG, der Ende 2015 urteilte, dass nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Planquote mit einer Leistungsklage gegenüber dem Schuldner durchzusetzen ist, BAG ZIP 2016, 178; vgl. auch Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1176); Grub DZWIR 2004, 317 (318).



Lösung des Konfliktes vorsieht – notfalls gerichtlich bestimmt werden muss. Ein Gläubiger, der seine bestrittene Forderung gerichtlich hat feststellen lassen, erhält ein *unabänderliches* Stimmrecht in Höhe seiner streitig festgestellten Forderung, denn seine Gläubigerposition wurde verbindlich ermittelt, sein Mitbestimmungsrecht wie auch sein Beteiligungsrecht an der Insolvenzmasse steht fest. Auf dieser Basis kann der Gläubiger über das Schicksal (s)einer Forderung mitbestimmen. Die verfahrensrechtliche Bestimmung seines Beteiligungs- und seines Stimmwertes oder jedenfalls die *Möglichkeit* hierzu würde übersprungen, weshalb ein Rückgriff auf § 224 InsO diese Eingriffe erneut nicht rechtfertigen kann.

Darüber hinaus sollte das Vermögen der Gesellschaft liquidiert werden. Der Plan wies deshalb (jedenfalls mit Blick auf das Ergebnis) Merkmale eines Liquidationsplans auf, mit der Besonderheit, dass das Insolvenzverfahren nicht beendet werden sollte. Für verfahrensbeendende Insolvenzpläne ist ein Liquidationsplan wohl die Ausnahme, weil in der Regel kein Ziel existiert, das den Aufwand komplizierter Verabredungen und Entscheidungsmechanismen lohnt.<sup>218</sup> Dabei ist wichtig zu erkennen, dass es ausgehend hiervon auch unerheblich ist, ob es sich um einen verfahrensbegleitenden oder einen verfahrensbeendenden Insolvenzplan handelt. Der Sinn und Zweck des § 224 InsO und der dort nicht abschließend aufgezählten Möglichkeiten der Gestaltung der Rechte der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger machen vielmehr deutlich, dass die Vorschrift ihren Sinn und Zweck vor allem bei einem Plan erfüllt, der eine Sanierung des Unternehmensträgers oder eine übertragende Sanierung vorsieht.<sup>219</sup> Ein solcher Plan soll die Ertragskraft des schuldnerischen Unternehmens wiederherstellen und die anschließende Befriedigung der Gläubiger bspw. aus den zukünftigen Erträgen des Unternehmens absichern, jeweils flankiert von den gekürzten/modifizierten Forderungen. In den Fällen, in denen der bestehende Geschäftsbetrieb nicht fortgeführt, sondern das schuldnerische Vermögen verwertet und die Erlöse verteilt werden sollen, besteht für die Regelungsmacht des § 224 InsO regelmäßig kein Bedarf. Nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erhält eine natürliche Person als Schuldner die Möglichkeit der Restschuldbefreiung – zugegeben, sie könnte über § 224 InsO vorzeitig erreicht werden. Gesellschaften werden von Amts wegen aus den Registern gelöscht, soweit sie eingetragen waren. Noch bestehende Forderungen verlieren ihren wirtschaftlichen Wert, auch ohne dass es einer Regelung des § 224 InsO bedarf. Es mag Einzelfälle geben in denen auch in einem verfahrensbegleitenden Insol-

218 Warnikoff KTS 1996, 489 (500); Bork ZZP 1996, 473 (475).

219 MüKoInsO/Breuer, 2. Aufl. 2008, § 224 Rn. 3, findet sich in der aktuellen Fassung 2014 nicht mehr, was den Wertewandel hinsichtlich Regelungsziele/Planziele, somit die Offenheit zum Ausdruck bringen, so dass auch andere Eingriffe als ausdrücklich benannt gleichbedeutend denkbar und möglich sein könnten.

venzplan § 224 InsO von Bedeutung sein kann, jedoch wird dadurch die Norm nicht zu einer Sondervorschrift für das Anmelde- und Feststellungsverfahren. Für die Untermauerung der durch *Heinrich* behaupteten Plandispositivität der §§ 174 ff. InsO kann nämlich insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Regelungszwecke kein tragfähiges Argument für die Charakterisierung als Sondervorschrift hergeleitet werden.

Die Begründung des BGH ist somit im Kontext zu sehen und nach Sinn und Zweck so zu lesen, dass Gläubiger nicht durch Mehrheitsbeschluss einzelnen Gläubigern oder wie vorliegend einer ganzen Gruppe von Gläubigern ihre Forderung, d. h. ihr Teilnahmerecht und ihr Recht auf Führung eines Erkenntnisprozesses vollständig oder teilweise entziehen können. Es fehlt damit eine Sondervorschrift. § 217 InsO ist auszulegen.

## D. § 217 InsO: Das Schlüsselbrett und Tür zur Privatautonomie

§ 217 InsO bestimmt als Eingangsnorm der Regelungen über den Insolvenzplan den Rahmen der regelbaren Inhalte und den erfassten Personenkreis.<sup>220</sup> Die Norm ist daher auf den nachfolgenden Seiten am praktischen Problem zu untersuchen und auszulegen.

### I. Ausgangspunkt und Maßstab der Überlegungen

Bei der Auslegung der planrechtlichen Bestimmungen wird die Frage virulent, nach welchem Maßstab die Auslegung zu erfolgen hat. Bei der Einführung des Insolvenzplanverfahrens hat der deutsche Gesetzgeber insbesondere die Erfahrungen im US-amerikanischen Recht einfließen lassen.<sup>221</sup> Die Integration und Rechtstransplantation angloamerikanischer Rechtsgedanken in das deutsche Insolvenzrecht verursacht jedoch Auslegungsprobleme.<sup>222</sup> Denn die Ausrichtung an US-amerikanische Regelungen hat zu Lücken geführt, die man, anders als bei der Auslegung der GesO, KO oder VerglO, nicht oder jedenfalls nicht ohne weiteres durch einen Rückgriff auf bewährte nationale Grundsätze schließen kann.<sup>223</sup> Vor diesem Hintergrund wird man wohl sagen können, dass ein vollendetes und stimmiges Gesamtgefüge noch nicht geschaffen werden konnte. Die Auslegung wird zudem auch durch die zum Teil erheblichen Wechselwirkungen zwischen insolvenzrechtlichen und sonstigen Normen

---

220 Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 217 Rn. 1.

221 BT-Drs. 12/2443, 105.

222 Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 1, Rn. 1; Pawlowski DZWIR 2001, 45 (45).

223 Pawlowski DZWIR 2001, 45 (45).

erschwert, was durch die fast einhundert Änderungsartikel des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung<sup>224</sup> eindrucksvoll veranschaulicht wird.

§ 217 InsO ist, sofern und weil vorliegend keine Sondervorschrift existiert, der Ausgangspunkt der Überlegungen in Bezug auf die Reichweite der Gestaltungsmacht des Planverfassers. Sie ist der abstrakte Ausdruck dessen, was sich der Gesetzgeber in Bezug auf die Handhabung, Regelung und nicht zuletzt auch Lösung der denkbaren Interessenkonflikte mittels eines Insolvenzplans vorgestellt hat. Abstrakt deshalb, weil der Gesetzgeber nicht jede Eventualität einer expliziten Regelung zuführen kann, andernfalls sich in einem der Verständlichkeit und Systembildung abträglichen Dickicht an Einzelregelungen verliert.<sup>225</sup>

Nach § 217 S. 1 InsO können Gegenstand einer Planregelung die Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger und der Insolvenzgläubiger, die Verwertung der Insolvenzmasse und deren Verteilung an die Beteiligten sowie die Verfahrensabwicklung und die Haftung des Schuldners nach der Beendigung des Insolvenzverfahrens sein. Die Norm beschreibt die potenziellen Regelungsinhalte und kombiniert persönliche Elemente, also in wessen Rechtsstellung eingegriffen werden kann, mit sachlichen Elementen, also auf welche Art und Weise Eingriffe möglich sind. § 217 InsO bezieht sich nur auf den gestaltenden Teil (§ 221 InsO) eines Insolvenzplans, da nur dort „Regelungen“ im Sinne der Norm getroffen werden können. Im Gegensatz zum unterrichtenden Charakter des darstellenden Teils enthält der gestaltende Teil des Plans die Änderungen der Rechtsstellung der vom Plan Betroffenen.<sup>226</sup> Hier können schuldrechtliche (§ 254a Abs. 3 InsO), aber auch sachenrechtliche Willenserklärungen (§§ 228, 254a Abs. 1 InsO) aufgenommen werden, die die Position des Beteiligten materiell-rechtlich oder jedenfalls verfahrensrechtlich beeinflusst.<sup>227</sup> Dabei hat der Planinhalt stets dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit zu entsprechen.<sup>228</sup> D. h., dass sämtliche Planregelungen im Einklang mit § 217 InsO stehen aber auch mit außerhalb der InsO liegenden grundlegenden Rechtsvorschriften vereinbar sein müssen, stets unter Beachtung der Einwirkung von Grundrechten auf die einfachrechtlichen Normen und Maßstäbe.

Ja, der Insolvenzplan ist in der Praxis als ein universelles Instrument der Masseverwertung angekommen<sup>229</sup>, ganz im Sinne der Vorstellung des Regie-

224 Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung (5.10.1994), BGBl I, 2911, siehe Art. 3 bis Art. 101.

225 Rostocker Schrift zum Bankrecht, 2013, *Bornemann*, S. 11.

226 BT-Drs. 12/2443, 199; Uhlenbruck-InsO/*Lüer/Streit* § 221 Rn. 1.

227 MüKoInsO/*Eidenmüller* § 221 Rn. 22.

228 Nerlich/Römermann-InsO/*Braun* § 219 Rn. 64.

229 BGH, ZInsO 2012, 1321.

rungsentwurfs der Insolvenzordnung.<sup>230</sup> Das für sich allein ist aber zunächst einmal noch konturenlos, weshalb für den Einzelfall § 217 InsO konkretisiert und mit Inhalt gefüllt werden muss. Die Interpretation des Gesetzes durch die Richter am BGH und die Anwendung auf den Einzelfall im Insolvenzverfahren Phoenix soll dabei aber auch vor dem Hintergrund der voranschreitenden Reform des Insolvenzrechts betrachtet und bewertet werden.

§ 217 InsO selbst ist abschließend<sup>231</sup> und somit nicht dispositiv, weil die Vorschriften über das Planverfahren gerade nicht in Bezug genommen werden (können). Dies wird zum Teil übersehen oder jedenfalls nicht klar zum Ausdruck gebracht.<sup>232</sup> Dass in einem Insolvenzplan alle Regelungen getroffen werden können, die auf dem Gebiet des Privatrechts rechtsgeschäftlich vereinbart werden können<sup>233</sup>, lässt sich der Norm in dieser Reichweite und allgemeingültigen Form nicht entnehmen. Denn nur auf den ersten Blick erscheint die Norm widerspruchsfrei, klar und deutlich formuliert.

Unabhängig von der Suche nach einer Kontur dieser Norm, eröffnet sie jedenfalls den Handlungsspielraum der Planbeteiligten, indem sie vorsieht, dass bestimmte Regelungsbereiche in einem Insolvenzplan abweichend von den Vorschriften dieses Gesetzes geregelt werden können. Bildlich gesprochen handelt es sich bei diesem Kernrechtssatz um ein „Schlüsselbrett“, an dem die Schlüssel für die einzelnen *dispositiven* Planbereiche befestigt sind, mit dem die jeweilige Tür zur Privatautonomie geöffnet wird. Der Fantasie der Planarchitekten scheinen nur wenige Grenzen gesetzt zu sein. Doch wie sich zeigen wird, hält § 217 InsO für die §§ 174 ff. InsO gerade keinen Schlüssel bereit.

Meine Überlegungen enden daher mit der Feststellung, dass der Umfang der vom Gesetzgeber intendierten maximalen Gestaltungsmacht begrenzter ist, als zuweilen vermutet wird. Ein gegenteiliges belastbares Ergebnis lässt sich – auch unter Berücksichtigung der Einwirkungen von Grundrechten auf die einfachrechtlichen Normen – nicht aus einer rechtsdogmatischen oder aus einer funktionalen Interpretation des Sinns und des Zwecks des § 217 S. 1 InsO in Verbindung mit den §§ 174 ff. InsO filtern.

230 BT-Drs. 12/2443, 90.

231 Beck/Depré/Exner/Beck § 43 Rn. 4; MüKoInsO/Eidenmüller § 217 Rn. 96; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 217 Rn. 12.

232 Häsemeyer, Insolvenzrecht (2007), Rn. 28.17, S. 765; nach dem der Insolvenzplan allen im Rahmen der Vertragsfreiheit zulässigen Vereinbarungen offen stehen soll.

233 Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 217 Rn. 3; unter Bezugnahme auf HK-InsO/Flessner § 217 Rn. 17, wobei hier ausdrücklich auf den gesetzlichen Rahmen hingewiesen wird.

## II. Wortsinn und systematische Interpretation

Ausgangspunkt ist der Wortlaut der Norm, der einen wichtigen Baustein im Erkenntnisprozess darstellt. Er ist das einfachste Hilfsmittel, mit dessen Hilfe vorläufig festgestellt werden kann, ob der jeweilige Sachverhalt vom Gesetzgeber vorgesehenen Gesetzeszweck umfasst sein kann. Dabei ist zu beachten, dass jede Textformulierung Schwächen oder Unklarheiten aufweisen kann. Ob dies bewusst oder unbewusst geschah, kann mithilfe des Wortsinns aber nicht entschieden werden. Die Regelungen der §§ 174 ff. InsO benennt § 217 S. 1 InsO jedenfalls nicht. Daneben darf der Plan nach der Norm nur Regelungen enthalten, die von den Vorschriften „dieses Gesetzes“, also der InsO abweichen. Daraus könnte geschlussfolgert werden, dass Gestaltungen des Plans von nicht in der InsO geregelten Anforderungen den jeweils dafür geltenden Bestimmungen anderer Gesetze Rechnung tragen müssen. In der Kommentierung wird in diesem Zusammenhang u. a. auf das Sachenrecht oder tarifvertraglich Regelungen zwingender Natur verwiesen.<sup>234</sup> Etwaige erforderliche Maßnahmen müssen außerhalb des Plans geregelt werden. So gesehen scheint § 180 Abs. 1 InsO, wonach für die Feststellung im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben ist, bzw. § 185 InsO ein Verweis auf nicht in der Insolvenzordnung geregelte Anforderungen zu sein, die dann auch nicht durch die Planbeteiligten abgeändert werden können.

Mit Blick auf methodenrechtliche Grundsätze ist es jedoch keine abschließende Bewertung, weil Gesetzestexte fachsprachliche Texte sind, weshalb wiederum nicht ausschließlich die umgangssprachliche Bedeutung ausschlaggebend sein kann, sondern die juristisch-fachsprachliche Bedeutung – also der Wortsinn im juristisch-fachsprachlichen Sinne.<sup>235</sup> Darüber hinaus wäre es dogmatisch verfehlt, im Falle eines vermeintlich eindeutigen Wortlauts, sich der anderen Auslegungskriterien zu verschließen. Der juristische Sinn ist deshalb immer im Kontext anderer Normen und des jeweiligen Sachverhaltes zu verstehen. Hieran knüpft die systematische Auslegung, die auf dem Ideal einer in sich widerspruchsfreien Rechtsordnung aufgebaut ist, in der keine Norm einer anderen Norm widerspricht.<sup>236</sup>

Das System der InsO scheint auf den ersten Blick leicht verständlich. Sie wurde insgesamt in zwölf Teile untergliedert. Der sechste Teil umfasst die §§ 217 – 269 InsO und enthält die Regelungen über den Insolvenzplan. Dieser Teil ist wiederum in drei Abschnitte untergliedert. Der erste Abschnitt gibt vor, wie der Insolvenzplan aufzustellen ist (§§ 217 bis 234 InsO), der zweite Abschnitt befasst sich mit der Annahme und Bestätigung eines Plans (§§ 235–253 InsO)

<sup>234</sup> Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 217 Rn. 31.

<sup>235</sup> Wank, Auslegung von Gesetzen (2005), Seite 79.

<sup>236</sup> Wank, Auslegung von Gesetzen (2005), Seite 81.

und zu guter Letzt regelt der dritte Abschnitt die Wirkungen eines bestätigten Plans sowie die Überwachung der Planerfüllung (§§ 254–269 InsO). Der sechste Teil umfasst derzeit „lediglich“ 70 Vorschriften, wobei zum Teil auf andere Vorschriften der Insolvenzordnung verwiesen wird, weshalb die Regelungsdichte tatsächlich deutlich höher ist. Den schier unzähligen denkbaren und möglichen Fallkonstellationen in einem Planverfahren steht eine überschaubare Anzahl von abstrakten Rechtsnormen gegenüber.<sup>237</sup> Der gesetzgeberischen Intention einer maximalen Gestaltungsfreiheit der Rechtsanwender scheint diese Konstellation zu entsprechen.

Leider greifen die einzelnen Vorschriften bei Lichte betrachtet vom Wortsinne und Systematik nicht reibungslos ineinander. Bei einfacher Lektüre der Norm fällt vielmehr leicht auf, dass sie unglücklich formuliert ist, weil die verwendeten Begriffe an unterschiedlichen Stellen der InsO unterschiedlich gebraucht werden, wodurch die Systematik der InsO widersprüchlich und durchbrochen zu werden scheint. Speziell der Begriff der „Befriedigung“ stellt sich als sehr auslegungsbedürftig dar. So benennt § 1 S. 1 InsO die Befriedigung der Gläubiger als ein Ziel des Insolvenzverfahrens, ob im Regelverfahren oder mittels Insolvenzplan. Doch mit „Befriedigung der Insolvenzgläubiger“ (und „Einstellung des Verfahrens“) ist auch der fünfte Teil der InsO (§§ 174–216) überschrieben. Deshalb ist fraglich, wie der Verweis letztendlich gemeint ist. Darüber hinaus lassen sich auch in anderen Teilen der InsO sowie in anderen Gesetzen Vorschriften finden, die Bezug auf Planregelungen nehmen (vgl. etwa § 334 Abs. 2 sowie § 105 Abs. 1 S. 2 GenG), weshalb sich der Umfang zulässiger Planregelungen häufig nur bei einer systematischen Gesamtbetrachtung erschließt.<sup>238</sup>

## 1. Das Anmelde- und Feststellungsverfahren als Teil der Befriedigung?

Gegenstand einer Planregelung kann die Befriedigung der Insolvenzgläubiger sein. Der Begriff der Befriedigung wird jedoch in der InsO an unterschiedlichen Stellen unterschiedlich gebraucht. Unter Befriedigung im Sinne des § 1 S. 1 InsO als ein wesentliches Verfahrensziel kann wohl jedes rechtlich zulässige Ergebnis des Insolvenzverfahrens verstanden werden, weshalb ein weiterer Gestaltungsspielraum für den Rechtsanwender eröffnet zu sein scheint. Demgegenüber ist der fünfte Teil der InsO (§§ 174–216 InsO) ausdrücklich mit „Befriedigung der Insolvenzgläubiger“ (und „Einstellung des Verfahrens“) überschrieben. Der erste Abschnitt des fünften Teils umfasst dabei das

<sup>237</sup> Demgegenüber Wellensiek WM 1999, 405 (410), der von „deutscher Gründlichkeit“ spricht, die zu einer gewissen Umständlichkeit führen soll.

<sup>238</sup> MüKoInsO/Eidenmüller § 217 Rn. 97.



Anmelde- und Feststellungsverfahren von Forderungen (§§ 174–186 InsO). Der zweite Abschnitt befasst sich mit der Verteilung (§§ 187–206 InsO) und der dritte Abschnitt mit der Einstellung des Verfahrens (§§ 207–216 InsO). Es ergibt sich damit kein einheitliches Bild.

Einerseits vollzieht sich die Befriedigung der Insolvenzgläubiger im Regelverfahren grob in zwei Schritten. Im ersten Schritt bedarf es der Geltendmachung der Forderung (§§ 174–186 InsO) und im zweiten Schritt der daran anschließenden Verteilung (§§ 187–206 InsO). Erfasst man nun die Befriedigung als Oberbegriff ist die Feststellung der Forderung wie auch die Verteilung ein notwendiger Arbeitsschritt und Bestandteil der Befriedigung, weshalb ein Zugriff auf die Vorschriften über das Anmelde- und Feststellungsverfahren vom Wortsinn und der Systematik möglich scheint.

Demgegenüber nennt der Gesetzgeber in § 217 InsO neben der Befriedigung auch ausdrücklich die Verteilung, was – die Richtigkeit des zuvor Genannten unterstellt – gesetzessystematisch dann nicht notwendig gewesen wäre, was ein Hinweis darauf wäre, dass die Befriedigung im Sinne des § 217 InsO nicht Bezug auf die Vorschriften des fünften Teils der InsO nimmt; vielmehr die Normen über die Forderungsfeststellung davon getrennt sind und damit dem Begriff der Befriedigung eine andere Bedeutung beigemessen werden muss. Die Unterscheidung zwischen Befriedigung und Verteilung ließe sich bspw. so deuten, dass absonderungsberechtigte Gläubiger und Insolvenzgläubiger nicht zwingend in Geld abgefunden werden müssen, während die Befriedigung im Sinne des fünften Teils der InsO nur die Verteilung von Geldmittel umfasst. Ein Insolvenzplan kann aber unstreitig vorsehen, dass Insolvenzgläubiger und absonderungsberechtigte Gläubiger anderweitig berücksichtigt werden. So sind Regelungen zulässig, die neue Rechte und/oder neue Ansprüche einräumen.<sup>239</sup> Möglich sind aber auch Regelungen in Bezug auf Stundungen oder ganz allgemein den Zeitpunkt der Verteilung, der für Insolvenzgläubiger je nach Gruppeneinteilung unterschiedlich festgelegt werden kann.

Wortsinn und Systematik sprechen deshalb eher dafür, dass der Begriff der Befriedigung im Sinne des § 217 InsO nicht Bezug auf den mit Befriedigung der Insolvenzgläubiger überschriebenen fünften Teil der InsO nimmt, der auch die Vorschriften über das Anmelde- und Feststellungsverfahren beinhaltet. Befriedigung meint eine andere Form der Verteilung, die nicht auf Geld gerichtet sein muss. Die Vorschriften über das Anmelde- und Feststellungsverfahren bleiben nach dieser Sichtweise unangetastet.

---

<sup>239</sup> Nicht solche, die neue Verpflichtungen für ihn mit sich bringen, siehe MüKoInsO/*Eidenmüller* § 217 Rn. 102.

## 2. Das Anmelde- und Feststellungsverfahren als Teil der Verteilung?

§ 217 InsO spricht von der Verteilung. Die Verteilung ist eigenständig im zweiten Abschnitt des fünften Teils der InsO geregelt. Dass im ersten Abschnitt des fünften Teils der InsO das Anmelde- und Feststellungsverfahren geregelt ist, und auch vom Begriff der Verteilung umfasst ist, lässt sich mit Blick auf Wortsinn und Systematik nicht herleiten. Zwar wird vertreten, dass die Feststellung einer Forderung in der Insolvenztabelle im Wesentlichen eine Zuteilungsfunktion erfüllt<sup>240</sup>, weshalb sich die Feststellung der Forderung als eine mögliche Auslegung des Begriffes der Verteilung betrachten ließe. Dagegen spricht jedoch die Überlegung, dass die Verfahrensabschnitte Forderungsfeststellung und Verteilung nicht immer und zwingend ineinandergreifen. So ist die weite Fassung des § 177 InsO mit den Vorschriften des Verteilungsverfahrens nur rudimentär abgestimmt. Nach mittlerweile gefestigter Literaturmeinung und Rechtsprechung wird eine nach Veröffentlichung und Niederlegung des Schlussverzeichnisses angemeldete Forderung bei der Schlussverteilung nicht berücksichtigt.<sup>241</sup> Zwar kann eine nachträglich angemeldete Forderung auch noch im Schlusstermin geprüft werden, solange eine öffentliche Bekanntmachung und Ladung der Beteiligten zu einem mit dem Schlusstermin zu verbindenden nachträglichen Prüfungstermin noch möglich ist. Jedoch wurde zu diesem Zeitpunkt bereits das Verteilungsverzeichnis erstellt und zur Einsicht durch das Insolvenzgericht ausgelegt. Die nachträglich angemeldete Forderung wurde nicht in das Verteilungsverzeichnis aufgenommen und es erfolgt auch keine Korrektur. In der Folge kann die Forderung unabhängig vom Ausgang der Prüfung nicht an der Verteilung teilnehmen. Zwischen der Eintragung der Forderung in die Tabelle und ihrer Berücksichtigung bei der Schlussverteilung ist deshalb zu unterscheiden.<sup>242</sup> Dennoch besteht u.U. ein Bedürfnis an der Prüfung einer nachträglich angemeldeten Forderung, denn sie kann noch zur Tabelle festgestellt werden, wodurch der Gläubiger nach Abschluss des Verfahrens über die Titelfunktion der Tabelle seine Forderung weiter betreiben könnte – unabhängig vom Wert dieses Nachforderungsrechts.<sup>243</sup>

Mit Blick auf den Wortsinn und die Systematik umfasst damit auch der Begriff der Verteilung nicht das Anmelde- und Feststellungsverfahren.

<sup>240</sup> Heinrich NZI 2009, 546 (548).

<sup>241</sup> BGH ZInsO 2007, 493; Gerbers/Pape ZInsO 2006, 685 (687); FK-InsO/Kießner § 190 Rn. 24.

<sup>242</sup> Gerbers/Pape ZInsO 2006, 685 (687).

<sup>243</sup> Vorbehaltlich der Regelungen über die Restschuldbefreiung bei der Insolvenz natürlicher Personen kann aus dem Tabellenauszug die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betrieben werden, § 201 Abs. 2 InsO.



### 3. Das Anmelde- und Feststellungsverfahren als Teil der Verfahrensabwicklung?

Ein Zugriff auf das Feststellungsverfahren mithilfe eines Plans könnte durch die Erweiterung der Norm durch die Worte „... sowie die Verfahrensabwicklung ...“ im Rahmen einer fachsprachlich-juristischen Auslegung vom Wortsinne erfasst sein. Denn das Feststellungsverfahren gehört zu den wichtigsten<sup>244</sup> Verfahrensabschnitten im Insolvenzverfahren.

### III. Historische Ansätze

Wortlaut und Systematik enthüllten einen „objektiven“ Willen des Gesetzes<sup>245</sup>, jedenfalls ließ dieser sich im weitesten Sinne objektivieren. Ein historischer Interpretationsansatz verweist hingegen auf den Normzweck zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm. Die Frage, welchen Stellenwert die historische Auslegung im Verhältnis zu den übrigen Auslegungsargumenten besitzt, soll hier nicht beantwortet werden, sondern lediglich der Versuch unternommen werden, die gesetzgeberische Interessenbewertung<sup>246</sup> anhand von Begründungen und Protokollen zu rekonstruieren. Doch möchte man daraus den Regelungswillen des Gesetzgebers erörtern, besteht die Schwierigkeit zunächst einmal darin, dass es den einen (historischen) Gesetzgeber im Grunde genommen nicht gibt; der Gesetzgeber ist vielmehr ein Gremium.<sup>247</sup> Bei der Entstehung eines Gesetzes prallen im Beratungsprozess diverse Auffassungen, Ansichten und Interessen von Arbeitsgruppen und einzelnen Abgeordneten aufeinander, weshalb letztendlich nur ein „relativierter“ historischer Wille des Gesetzgebers, genau genommen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, ermittelt werden kann. Entscheidender soll also vielmehr die Beantwortung der Frage sein, was den Gesetzgeber beim Verfassen der Norm bewegt hat und an welche Sachverhaltskonstellationen er bspw. gedacht hat.

Weil sich nun der Gesetzgeber auf Vorgängerregelungen stützen konnte, soll zunächst untersucht werden, ob sich der Gesetzgeber zum aufgeworfenen Themenkreis bereits zu Zeiten der Konkursordnung, des Vergleichsverfahrens oder der Gesamtvollstreckungsordnung positioniert haben könnte und erst im Anschluss daran inwieweit ein gesetzgeberischer Wille aus dem nachfolgenden Reformprozess, insbesondere dem Reformgesetz ESUG, abgeleitet werden könne. All das macht eine Skizze der Situation des Reformprozesses des Insolvenzplans erforderlich, bei dem Motive und Ziele des Gesetzgebers in Erinnerung zu rufen sind.

<sup>244</sup> Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 534, Rn. 1: Feststellungsverfahren als „Kernelement“ des Insolvenzrechts.

<sup>245</sup> NK-StGB/Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 108.

<sup>246</sup> NK-StGB/Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 108.

<sup>247</sup> Wank, Auslegung von Gesetzen (2005), S. 44.

## 1. Der Insolvenzplan im Reformprozess

Die Entwicklung der InsO, die an die Stelle von Vergleichsordnung und Konkursordnung einerseits und Gesamtvollstreckungsordnung andererseits trat (Art. 2 EGIInsO), war das Ergebnis vieler Diskussionen, langer Reformbemühungen und ist insgesamt ein bemerkenswerter Reformprozess. Bereits 1988 bereitete das Bundesministerium der Justiz 1988 einen Diskussionsentwurf vor.<sup>248</sup> Und allein zwischen der Verabschiedung im Jahre 1994 und des Inkrafttretens im Jahre 1999 gab es neun Änderungsgesetze.

Im Kern der Bemühungen des Gesetzgebers stand die Idee, das Konkurs- und Vergleichsverfahren zu deregulieren und durch ein modernes Insolvenzrecht zu ersetzen, weil das Konkurs- und Vergleichsrecht als weitgehend funktionslos betrachtet wurde.<sup>249</sup> Die InsO sollte dazu einen verfahrensrechtlichen Rahmen setzen, der eine marktkonforme Insolvenzbewältigung ermöglichen und gewährleisten könne. Dabei meinte man, dass je flexibler die Beteiligten sein können, desto höher wäre die Wahrscheinlichkeit, dass sie die für sie günstigste Art der Insolvenzabwicklung finden und beschließen.

Das Recht des Insolvenzplans ersetzte das bis dato anwendbare Vergleichsverfahren nach der Vergleichsordnung sowie den Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. KO. Während die Gläubiger im Vergleichsverfahren nicht viel mehr machen konnten, als über den vom Schuldner vorgelegten Vergleichsvorschlag abzustimmen, hatten Gläubiger im Konkursverfahren doch eine erhebliche Gestaltungs- und Steuermöglichkeit.<sup>250</sup> Das jedoch in der Gesamtschau als weitgehend zu starr empfundene System wurde durchbrochen und insbesondere mit dem neu eingeführten Planverfahren sollte den Beteiligten eine erweiterte Option auf eine Privatisierung des Insolvenzverfahrens eingeräumt werden.<sup>251</sup> Die zu Grunde liegende Idee ist aber nicht neu. Bereits das römische Recht kannte Institute, die in ihrer Wirkungsweise dem heutigen Insolvenzplan den Weg bereiteten.<sup>252</sup> Der Insolvenzplan, respektive die dahinter stehende Idee, ist somit keine Neuschöpfung des Reformgesetzgebers von 1994, sondern das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklung bei der die Gründe für die Ablösung der Institute des Vergleichs und Zwangsvergleichs ebenso eine gewich-

---

248 Der wesentliche Inhalt und die Kernaussagen sind abgedruckt in ZIP 1988, 1154 – 1155, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts – Leitsätze des BMJ.

249 BT-Drs. 12/2443, 1, 72 (zwischen 1985 und 1990 wurden über 75 % der Konkursanträge mangels Masse abgewiesen: heute sind es nur noch gut 7 % – siehe Statistisches Bundesamt, Fachserie 2, Reihe 4.1, 12/2014, Seite 11; abgerufen unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de) am 29.3.2015).

250 Paulus DZWIR 1999, 53 (53).

251 MüKoInsO/Eidenmüller § 217 Rn. 1.

252 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 57.

tige Rolle spielten wie das ausländische Rechtsinstitut des Insolvenzplans – der Reorganisationsplan des Chapter 11 des U. S. Bankruptcy Code.<sup>253</sup>

Der Gesetzgeber wollte dennoch, dass von den Wertungen und entwickelten Grundsätzen der Konkursordnung, jedenfalls soweit sie sich bewährt haben, nicht abgewichen wird, was die wörtliche oder sinngemäße Übernahme zahlreicher Vorschriften erklärt.<sup>254</sup> Eine dieser Wertungen stellte bereits die Regierungsbegründung des Entwurfs der Konkursordnung heraus, nämlich die grundlegende Bedeutung von Teilnahme- und Verfahrensrechten. Jeder Gläubiger werde durch die Teilnahme des anderen in seinen Bezügen geschmälert und müsse daher die Befugnis haben, die Forderung des anderen nach ihrer Richtigkeit zu prüfen, zu bestreiten und einen sich daraus ergebenden Streit selbstständig durchzuführen.<sup>255</sup> So lehnen sich die Vorschriften, betreffend die Feststellung der Forderungen der Insolvenzgläubiger und die Verteilung der Insolvenzmasse, stark an das damalige Konkursrecht an.<sup>256</sup> Deshalb entsprechen nahezu sämtliche Normen über die Feststellung der angemeldeten Insolvenzforderungen weitgehend den Vorgängerregelungen der Konkursordnung. Jedoch und wohl deshalb sahen weder die Vergleichsordnung noch die Konkursordnung und auch nicht die Gesamtvollstreckungsordnung Regelungen vor, mit deren Hilfe man nicht nur auf die Gläubigerposition zugreifen kann, noch bevor Sie im Verfahren festgestellt oder gar angemeldet wurde, sondern sie überhaupt erst bestimmt werden könne. Den Materialien der einzelnen Gesetze können keine Hinweise entnommen werden.

Daran hat sich auch durch die Einführung des Insolvenzplans zunächst nichts geändert, auch wenn Regelungen getroffen wurden, die über die Möglichkeiten hinausgehen, die im geltenden Recht mit einem gerichtlichen Vergleichsverfahren, einem Zwangsvergleich im Konkurs oder einem Vergleich im Gesamtvollstreckungsverfahren möglich waren. Der Gesetzgeber verwies auf neue mögliche Gestaltungsbereiche, nämlich insbesondere die Gestaltung der Rechtspositionen der absonderungsberechtigten, der nachrangigen Gläubiger sowie der am Schuldner beteiligten Personen. Der Gesetzgeber schwieg jedoch zu der Frage, ob mithilfe des „neuen“ Insolvenzplans auch die Vorschriften über die Anmeldung und Feststellung der Forderungen modifiziert werden können. Vielmehr spricht der Verweis auf die bewährten und anerkannten Rechtsgrundsätze der Konkurs- und Vergleichsordnung wohl eher dagegen. Letztendlich auch deshalb, weil zu dieser Zeit kein Regelungs- und somit Diskussionsbedarf bestand. Jedoch ist das nur ein Zwischenergebnis.

---

253 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 56 und 83.

254 Jauernig/Berger, Insolvenzrecht, 2010, S. 247, Rn. 4.

255 BGHZ 179, 304 = NJW 2009, 1747.

256 BT-Drs. 12/2443, 183.

Ursprünglich war das Insolvenzplanverfahren ein Herzstück<sup>257</sup> der 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung. Den wirtschaftlich Betroffenen wollte man einen möglichst weiten Spielraum gewähren – auch wenn es der Gesetzgeber versäumte, genaue Spielregeln zu bestimmen. Darüber hinaus gibt der Gesetzgeber bis heute weder eine Legaldefinition, noch ein konkretes Ziel vor, das mit dem Plan verfolgt werden müsse. Das ist im Wesentlichen auch der Grund dafür, dass sich bei der Anwendung der Insolvenzordnung die meisten Fragen im Zusammenhang mit dem Insolvenzplan ergeben haben.<sup>258</sup>

Doch der Gesetzgeber tat dies bewusst. Er wollte so den Beteiligten mit dem Rechtsinstitut des Insolvenzplans einen Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen, in dem das Insolvenzverfahren liberal und weitestgehend ohne staatlichen Einfluss privatautonom beeinflusst und gestaltet werden könne. Darin sollte der entscheidende Beitrag zur Deregulierung der Insolvenzabwicklung liegen.<sup>259</sup> Doch das Verfahren wurde nicht nur in starker Anlehnung an die bisherige Vergleichsordnung gefasst, sondern Regelungen ausländischen Rechts implementiert, weshalb sich versteckte Lücken ergaben, die sich erst bei der Anwendung in der Praxis offenbaren.<sup>260</sup> Die auch dadurch bedingten Start- und Umsetzungsschwierigkeiten hatten zur Folge, dass das Insolvenzplanverfahren in der Insolvenzpraxis jahrelang kaum eine Rolle spielte. Mittlerweile gehört das Planverfahren zu den zentralen Materien des Insolvenzrechts, auch wenn es mehr als 16 Jahre nach Einführung der Insolvenzordnung allein mit Blick auf die Anzahl der Planverfahren nach wie vor eher eine untergeordnete Rolle spielt. So gesehen lässt sich die Erfolgsgeschichte des Insolvenzplans jedenfalls nicht ausschließlich anhand einer rein quantitativen Betrachtungsweise belegen.

## 2. Reformbemühungen und ökonomisch geprägte Einflüsse und Gesichtspunkte

Der Phoenix-Plan war aus allein wirtschaftlicher Betrachtungsweise heraus sinnvoll und stellte eine pragmatische Lösung des verfahrensrechtlichen Problems dar, weshalb sich fragt, inwieweit wirtschaftliche Erwägungen die Auslegung planrechtlicher Vorschriften beeinflussen könnten. Bei der Einführung des Planverfahrens in 1999 baute der Gesetzgeber die Idee aus, dass in freien Verhandlungen die wirtschaftlichste Lösung in derjenigen Gestaltung gefunden

---

257 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 2; BT-Drs. 12/2443, 90; „Das Institut des Insolvenzplans ist eine der bedeutsamsten Neuerungen des vorgeschlagenen einheitlichen Insolvenzverfahrens.“

258 Pawlowski DZWIR 2001, 45 (49).

259 BT-Drs. 12/2443, 90; spricht von Verhandlungen und privatautonomen Austauschprozessen der Beteiligten.

260 Breutigam/Kahlert ZInsO 2002, 469 (469).

wird, die mindestens einen Beteiligten besser und alle anderen jedenfalls nicht schlechter stellt als jede andere Lösung.<sup>261</sup> Stimmen der Literatur setzen sich deshalb für eine besonders ökonomisch ausgerichtete Auslegung der gesetzlichen Vorschriften über das Insolvenzplanverfahren ein.<sup>262</sup> Ein Insolvenzgesetz sei nach der „ökonomischen Theorie“ umso besser, je mehr es dazu beiträgt, ex post (in der Krise) den Wert des haftenden Schuldnervermögens zu maximieren – ggf. mittels einer Sanierung des Unternehmensträgers – ohne dadurch ex ante unerwünschte Anreize zu einer nachlässigen Wirtschaftstätigkeit des Schuldners zu setzen.<sup>263</sup> Auch mit diesem Ansatz erklären sich die herausgebildeten Formen und Mittel der Verwertung des Schuldnervermögens (Liquidation (u. U. durch übertragende Sanierung)) und die Reorganisation als Ziel der Haftungsverwirklichung, nämlich die bestmögliche Gläubigerbefriedigung.

Sanierungen und Unternehmensfortführungen – insbesondere ein Ziel der jüngsten Reformen – erfordern ein verstärktes betriebswirtschaftliches Verständnis.<sup>264</sup> Die Gestaltungsmacht der am Plan Beteiligten ist zunehmend von solchen Aspekten geprägt, weil sich die Verbindung zwischen Betriebswirtschaft und der Insolvenzabwicklung im Laufe der Jahre zunehmend verstärkt hat. Die Prüfung der Insolvenzgründe, die Feststellung der Sanierungsfähigkeit als auch die Betriebsfortführung erfordern mehr betriebswirtschaftliches Wissen als noch zu Zeiten der Konkurs- bzw. Vergleichsordnung.<sup>265</sup> Ökonomische Effizienzkriterien spielen deshalb mittlerweile eine deutlich hervorgehobene Rolle.<sup>266</sup> Jedenfalls die vergangenen (und sicher auch die zukünftigen) Reformen des Insolvenzrechts verdeutlichen und beschleunigen diesen Funktionswandel. Das Insolvenzverfahren soll ganz allgemein wirtschaftlicher werden. Diesem Wandel geschuldet können die Gläubiger mittlerweile in gleicher Weise als Entscheidungsträger angesehen werden wie Richter, Rechtspfleger und Insolvenzverwalter.<sup>267</sup>

Was bedeutet das für die Auslegung der InsO? Zugegeben, der Einzug der Betriebswirtschaftslehre in das Insolvenzrecht wird häufig mit dem oberflächlichen Wunsch des Gesetzgebers in Verbindung gebracht, den Schuldner zu sanieren. Doch der Insolvenzplan stellt mehr dar, als die Sanierung mit gerichtlicher Hilfe. Andernfalls wird der Aspekt übersehen, dass auch ein reiner Liquidationsplan eine Vergleichsberechnung erfordert, die gleichfalls betriebswirt-

261 BT-Drs. 12/2443, 78.

262 MüKoInsO/Eidenmüller Vorbem. § 217 Rn. 23 ff.

263 MüKoInsO/Eidenmüller Vorbem. § 217 Rn. 23.

264 Lissner BB 2014, 1419 (1419).

265 Beck/Depré/Beck Einleitung I; Bork ZZZ 1996, 473 (486) – Das Planverfahren setzt ökonomischen Sachverstand aller Beteiligten voraus.

266 Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, S. 44, Rn. 2.36.

267 Holzer, Entscheidungsträger, 2004, S. 145, Rn. 694.

schaftliches Wissen erfordert. Dies wird auch im Verfahren Phoenix deutlich. Vermeintliche rechtliche Nachteile durch einen etwaigen Verzicht auf Maximalpositionen bei der Forderungsbestimmung können durchaus über den Zeitablauf und einer miteinander abgestimmten frühzeitigen Verteilung von Geldern wirtschaftlich kompensiert werden, da der Gläubiger schneller ihm zustehende Gelder verwenden und wieder investieren kann.

Doch die Bedeutung betriebswirtschaftlicher Erwägungen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass in der marktwirtschaftlichen Ordnung die Investitionsfreiheit nach wie vor jedem einzelnen Bürger zusteht.<sup>268</sup> Das bedeutet, dass auch eine wirtschaftlich sinnvolle Lösung nicht jedweden Eingriff in Gläubigerpositionen rechtfertigen kann. Vielmehr ist das Mehrheitsprinzip nur ein technischer Behelf zur Erleichterung der Entscheidungsfindung einer unkoordinierten Vielzahl Beteiligter.<sup>269</sup> Deshalb hat auch in wirtschaftlichen Angelegenheiten die Mehrheit nach wie vor und prinzipiell nicht mehr Recht als die Minderheit, denn Mehrheitsentscheidungen garantieren weder das beste wirtschaftliche Ergebnis, noch das beste insolvenzrechtliche Ergebnis. Die Mehrheitsentscheidung kann und soll nur die getroffene Entscheidung selbst legitimieren, so dass die Entscheidenden das Ergebnis zu verantworten haben. Der Staat und die jeweiligen Organe der Rechtspflege überwachen das Verfahren, garantieren Mindeststandards und den Rechtsweg. In keinem Fall möchte der Gesetzgeber vorgreiflich entscheiden, dass Abweichungen von Inhalten bestimmter Normen per se eine unökonomische Lösung darstellen – weil er sie im Einzelfall auch nicht kennen kann, ist er doch noch viel weiter weg vom Verfahren und dem Geschehen als die Gläubiger.

Die Suche nach der Reichweite plandispositiver Vorschriften und insbesondere die Frage der Auslegung ist deshalb komplexer, als es der Rekurs auf ökonomische Effizienzgesichtspunkte als legislatorische Zielvorgabe zunächst erkennen lässt.<sup>270</sup> Das Ergebnis der Auslegung darf deshalb nicht ausschließlich durch ökonomische Effizienzkriterien „vorgefiltert“ werden. Das gefundene Ergebnis ist vielmehr im Lichte der „ökonomischen Theorie“ zu überprüfen. Die im Verfahren Phoenix gefundene Planlösung war wirtschaftlich sinnvoll, soweit so gut, aber nach alledem auch unter Berücksichtigung von betriebswirtschaftlichen Erwägungen, die das Planverfahren beeinflussen und kennzeichnen, noch lange nicht fachrechtlich zulässig. Die Betriebswirtschaft bestimmt nicht die Gestaltungsmacht der am Plan Beteiligten, sondern rechtfertigt nur deren Wunsch einer Plangestaltung.

268 BT-Drs. 12/2443, 79.

269 BT-Drs. 12/2443, 79.

270 Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, S. 44, Rn. 2.37.



### 3. Gläubigerautonomie im Spannungsfeld von zwingenden Vorschriften

Die Grundlagen sind geschaffen, doch nach alledem fragt sich nun, wie weit die Gläubigerautonomie aus der Sicht des Gesetzgebers reicht. Der Umfang der individuellen und kollektiven Gläubigerautonomie vom ursprünglichen Diskussionsentwurf von 1988 und die tatsächliche Umsetzung in der erst 11 Jahre später in Kraft getretenen Insolvenzordnung wurden bereits untersucht. *Hänel* stellt in diesem Zusammenhang fest, dass tragende Aspekte zur Gewährleistung der Gläubigerautonomie im Konzept des Diskussionsentwurfs letztlich nicht umgesetzt wurden.<sup>271</sup> Die Änderungen bewirkten seiner Meinung nach eine drastische Verschiebung der Gläubigerautonomie weg von der Individualautonomie in Richtung einer verstärkten Kollektivautonomie – was durchaus für eine weit reichende Gestaltungsmacht der Beteiligten spräche, bspw. auch in Bezug auf das Anmelde- und Feststellungsverfahren.

Einzelnen Passagen aus den Gesetzesmaterialien scheint dieser Kurs auch entnommen werden zu können. Dort heißt es bspw.: „Nicht nur die Entscheidung über die Form und die Art der Masseverwertung, sondern auch die Entscheidungen *über die Gestaltung des Verfahrens*, insbesondere über die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens und über die Verfahrensdauer, berühren die Interessen der Beteiligten unmittelbar. Es erschien dem Gesetzgeber deshalb auch gerechtfertigt, diejenigen Personen entscheiden zu lassen, deren Vermögenswerte auf dem Spiel stehen.

Doch wie bereits der Blick auf betriebswirtschaftliche Erwägungen zeigte, wäre es auch hier zu kurz gegriffen, allein aus dem Wunsch der Deregulierung des Insolvenzverfahrens auch im Hinblick auf Verfahrensfragen eine praktisch schrankenlose Gestaltungsmacht der Beteiligten herauszulesen. Darüber hinaus kann der Wille des Gesetzgebers nicht einzeln herausgegriffenen Passagen entnommen werden, sondern ist vielmehr im gesamten Kontext der gesetzgeberischen Intention zu sehen und daher in Bezug auf die Gläubigerautonomie zu relativieren.

Denn dass der Gesetzgeber den Gläubigern keinerlei Schranken setzen wollte, lässt sich den Gesetzesmaterialien keinesfalls entnehmen und wird – soweit ersichtlich – auch nicht behauptet. Der Gesetzgeber wollte mit der Reform des Konkurs- und Vergleichsrechts der privatautONOMEN Abwicklung der Insolvenz lediglich so wenig Schranken wie möglich setzen, woraus natürlich folgt, dass es Schranken gibt.<sup>272</sup> Allein schon deshalb, weil der Gesetzgeber die Gerechtigkeit eines staatlichen Verfahrens gewährleisten und Rechte Dritter schützen muss, was nicht möglich wäre, wenn privatautonom jede Regelung

<sup>271</sup> Hänel, Gläubigerautonomie, S. 107 ff., 156.

<sup>272</sup> BT-Drs. 12/2443, 76; FA-InsR/*Gietl* S. 856 Rn. 8.

getroffen werden könnte. Planfeste Vorschriften sind deshalb notwendig und begrenzen die Gläubigerautonomie.

In jedem Fall müssen die gerichtlichen Verfahrensregelungen, die also nicht das Verwertungsrecht der Gläubiger betreffen, zwingend ausgestaltet sein. Planfeste Vorschriften stehen jedoch nicht nur sinnbildlich für den staatlichen Gewährleistungsbereich, sondern schützen auch und insbesondere Individualinteressen, losgelöst von wirtschaftlichen Erwägungen.

Eine Beschränkung materiell-rechtlicher Regelungen durch den Gesetzgeber kann nun vielfältig ausgestaltet sein. So könnte, wie jedenfalls vom BGH dargestellt – eine Vorschrift zwingend ausgestaltet werden und so der privatautonomen Gestaltung der Betroffenen vollkommen entzogen sein. Das würde wohl jedenfalls die stärkste und wirkungsvollste Schranke darstellen; man könnte sie so auch als „harte Schranke“ bezeichnen. Von zwingenden Normen abzuweichen wäre selbst dann nicht möglich, wenn sich sämtliche Betroffene einig wären und die vom Gesetz abweichende Regelung ausdrücklich wünschen. Gerechtfertigt erscheint eine solche Schranke jedoch nur dann, wenn übergeordnete Interessen von erheblichem Gewicht geschützt werden müssen. Das könnte vorliegend der Fall sein. Die Feststellung zur Tabelle bzw. ein Feststellungsurteil wirkt gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern (§ 183 Abs. 1 InsO). Insolvenzverwalter wie auch die anderen Insolvenzgläubiger müssen zuvor Gelegenheit haben, die angemeldeten Forderungen zu prüfen und ggfs. zu bestreiten.<sup>273</sup> Daraus wird auch deutlich, dass nicht nur kollektive und individuelle Interessen, die durchaus mittels eines Insolvenzplans „transformiert“ werden können, sondern eine modifizierende Feststellungswirkung eben auch einen grundrechtlich abgesicherten Verfahrensgrundsatz (Rechtsweggarantie) tangieren würde. Letzteres wäre der Disposition der Verfahrensbeteiligten vollends entzogen, weil Verfahrensgrundsätze höherrangigen allgemeinen Interessen dienen.

Ausweislich der Materialien ist der Plan eine Übereinkunft der mitspracheberechtigten Beteiligten über die Verwertung des haftenden Schuldnervermögens unter voller Garantie des Werts der Beteiligtenrechte.<sup>274</sup> Der Wert der Beteiligtenrechte wird über das Anmelde- und Feststellungsverfahren bestimmt. Wie es scheint, würde eine mehrheitsgetragene Planregelung, mit der der Wert des Beteiligtenrechts erst bestimmt wird, gerade nicht einer vollen Garantie entsprechen. Denn der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des Insolvenzverfahrens in Wahrnehmung seiner Verpflichtung gehandelt und bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts insbesondere auch die grundrechtliche Gewährleistung des Eigentums zu beachten.

<sup>273</sup> BGH ZInsO 2001, 1050.

<sup>274</sup> BT-Drs. 12/2443, 91.



Mit einem Insolvenzplan ist es möglich, Forderungen (im weitesten Sinne der Beteiligungswert) zu stunden und ganz oder teilweise zu erlassen, wobei die *Verfahrensvorschriften* lediglich sicherzustellen haben, dass einzelne Beteiligengruppen ihre Sonderinteressen nicht zu Lasten anderer Beteiligter verfolgen können.<sup>275</sup> Es fragt sich, ob zu den Verfahrensvorschriften nun auch das Anmelde- und Feststellungsverfahren gehört, mit der Folge, dass es zwingend ist und nicht modifiziert werden kann. Mit Verfahrensvorschriften könnte der Gesetzgeber zunächst gemeint haben, einzelne Schutzvorschriften zu implementieren, mit denen er die Reichweite und den Umfang des Schutzes erst begründet und definiert, indem der Schutz an bestimmte Voraussetzungen, bspw. einen Antrag und eine objektive Schlechterstellung, gebunden ist. Solche Schranken könnten begrifflich als „weiche Schranke“ bezeichnet werden. Auch nach diesem Verständnis, d. h. der Schutz der Vermögensrechte der einzelnen Beteiligten ist auf Antrag gewährleistet, kann der Gesetzgeber ein Höchstmaß an Differenzierung und Individualisierung des Planinhalts zulassen.<sup>276</sup>

Doch es wurde bereits gezeigt, dass das Verständnis der Gläubigerautonomie keinesfalls ufer- und schrankenlos gemeint war. Mehr noch und meines Erachtens nach ein wesentlicher Aspekt, bilden die Fragen der Verwertung des Schuldnervermögens aus Sicht des Gesetzgebers den Rahmen der Beteiligtenautonomie<sup>277</sup>, so dass die Verwertung des Schuldnervermögens jedenfalls im weitesten Sinne abschließend zulässige gestalterische Möglichkeiten begrenzt, weshalb Gläubiger autonom auch nur über alle Fragen bestimmen können, die ihre Befriedigung infolge der Verwertung der Insolvenzmasse betreffen.<sup>278</sup> Die Gläubigerautonomie ist damit nicht allumfassend gemeint, sondern findet nur im gesetzgeberischen Rahmen statt.

Deshalb spricht einiges dafür, dass die Bestimmung des privaten Forderungsrechts der Gläubiger über die Beschlusskompetenzen der Rechtsgemeinschaft im Regel- wie auch im Planverfahren hinausgeht.<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> BT-Drs. 12/2443, 91.

<sup>276</sup> BT-Drs. 12/2443, 78.

<sup>277</sup> BT-Drs. 12/2443, 79; der allgemeine Gedanke wird an vielen Stellen zum Ausdruck gebracht, so spricht der Entwurf häufig nur von Entscheidungen über die Form und die Art der Masseverwertung.

<sup>278</sup> Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 393.

<sup>279</sup> Zu den allgemeinen Befugnissen der Gläubigergemeinschaft, siehe oben Kapitel 2 (C. III. 2.).

#### 4. Die Entwicklungsgeschichte: das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)

Dem Gesetzgeber obliegt es, kraft seiner Legitimation streitige Fragen ausdrücklich zu regeln. Es kommt immer wieder vor, dass der Gesetzgeber einem Reformgesetz eine Erprobungsphase gönnt, um abzuwarten, welche Probleme beherrschbar sind und sich in Wohlgefallen auflösen und welche Probleme von solch schwerwiegender oder struktureller Art sind, dass sie eine Korrektur erfordern.<sup>280</sup> Es fragt sich deshalb, ob sich der Gesetzgeber bei der Einführung des Reformgesetzes ESUG zeitlich nach dem Phoenix Judikat und der damit einhergehenden Änderungen der Insolvenzordnung zur Fragestellung der Dispositivität der §§ 174 ff. InsO (ggfs. neu) positioniert haben könnte.

Mit dem ESUG wollte der Gesetzgeber die zu jener Zeit festgestellten Problemfelder im Restrukturierungsrecht beseitigen. Im Entstehungsprozess bezog sich der Gesetzgeber am Rande auch auf den Beschluss des LG Frankfurt am Main und den darauf basierenden Unsicherheiten hinsichtlich der Zulässigkeit verfahrensbegleitender Insolvenzpläne. So wurde zunächst der Wortlaut des § 217 InsO durch die Worte „sowie die Verfahrensabwicklung“ ergänzt. Die Änderung bedingte zugleich eine Folgeänderung des § 258 InsO. Das Insolvenzgericht beschließt danach die Aufhebung des Insolvenzverfahrens, sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist – und nunmehr neu geregelt – sofern der Insolvenzplan nicht etwas anderes vorsieht. Insolvenzpläne, die nicht die Beendigung des Verfahrens bedingen, sind somit unmissverständlich zulässig.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung schwieg hierzu noch. Erst der Bundesrat<sup>281</sup> hielt eine weitere<sup>282</sup> Änderung in § 217 InsO für angezeigt. Er stellte fest, dass ausgehend vom wesentlichen Ziel des Insolvenzverfahrens, die bestmögliche Gläubigerbefriedigung zu erreichen, der Gesetzgeber das Insolvenzplanverfahren ergebnisoffen konzipiert hat. Doch es zeigte sich, dass die Gestaltungspraxis diesbezüglich unsicher war und Möglichkeiten wünscht, gerade bei hochkomplexen Insolvenzverfahren mithilfe eines Insolvenzplans auch Vorfragen zur Beseitigung tatsächlicher sowie rechtlicher Hindernisse für die weitere Sanierung bzw. Abwicklung regeln zu können und dachte dabei wohl erneut an das Verfahren Phoenix, denn die Stellungnahme nimmt Bezug auf die bereits erläuterten Beschlüsse des LG Frankfurt am Main sowie des BGH und schlägt eine klarstellende Änderung des § 217 InsO dergestalt vor, dass über einen Insolvenzplan auch Fragen der Verfahrensabwicklung geklärt

280 Rostocker Schrift zum Bankrecht, 2013, Bornemann, S. 11.

281 BR-Drs. 127/11(B), 10.

282 Durch die Änderung des § 217 InsO wurden Zugriffe auf Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen möglich.

werden können. Mit Blick auf die Gestaltungswünsche der Praxis scheint sich der Gesetzgeber beiläufig positioniert zu haben und zwar zu Gunsten der Dispositivität des Anmelde- und Feststellungsverfahrens. Weiter enthält die Stellungnahme den Hinweis, dass mit der Einführung verfahrensbegleitender Insolvenzpläne nicht nur „ein weiteres Instrument zur marktkonformen Steuerung des Verhandlungs- und Entscheidungsprozesses sowie der Deregulierung in der Insolvenzabwicklung an die Hand gegeben“ wird, sondern mit dessen Hilfe „unter Umständen erst die Voraussetzungen für eine Sanierung oder eine in jeder Hinsicht optimale Verwertung im Regelinsolvenzverfahren“ geschaffen werden kann.<sup>283</sup> Das so erklärte Ziel schließt jedenfalls die Deutung nicht aus, dass in zukünftigen Verfahren ein Zugriff auf §§ 174 ff. InsO ermöglicht werden sollte, denn in Kenntnis der vorgenannten Gerichtsentscheidungen sollten weitere konkrete Vorgaben zum Regelungsinhalt entsprechender Insolvenzpläne nicht normiert werden (also weder dafür, noch dagegen), sondern eine entsprechende Ausgestaltung der Praxis vorbehalten bleiben.

Dieses Zwischenergebnis wird jedoch entkräftet. So äußerte sich zwar der Rechtsausschuss des Bundestags grundsätzlich positiv zu der geplanten Reform des Insolvenzrechts, bekräftigte aber, wie auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme, die Notwendigkeit von Nachbesserungen bei den Vorschlägen im Gesetzentwurf der Bundesregierung. So heißt es dort: „Die Entscheidung des LG Frankfurt/Main hat hier allerdings Unsicherheit ausgelöst, die für eine zügige Abwicklung jedes Insolvenzverfahrens hinderlich sein kann. [...] Eine Änderung im Hinblick auf von vornherein planfeste Vorschriften, von denen auch bei einer Verfahrensabwicklung mittels eines Insolvenzplans nicht abgewichen werden darf (bspw. das Forderungsprüfungs- und -feststellungsverfahren), ist mit der Klarstellung in § 217 InsO und der Folgeänderung in § 258 InsO *nicht* verbunden.“<sup>284</sup>

Die Vorschläge wurden im weiteren Gesetzgebungsverfahren geprüft. In einer Gegenäußerung hielt die Bundesregierung solche „Teilpläne“ in der Tat für sinnvoll, und stellte die Prüfung in Aussicht, ob der Vorschlag des Bundesrates durch eine entsprechende Klarstellung in § 217 InsO umgesetzt werden kann.<sup>285</sup> Die Änderungen hinsichtlich der Zulässigkeit verfahrensbegleitender Pläne wurden schließlich ohne weitere Korrekturen übernommen. Insbesondere auch mit Blick auf die Äußerungen des Rechtsausschusses des Bundestags schaffte der Gesetzgeber wohl vollendete Tatsachen und goss die nunmehr planfeste Vorschrift des § 174 InsO in Beton. Möchte die Gestaltungspraxis hieran etwas ändern, erscheint eine Gesetzesänderung erforderlich.

<sup>283</sup> BR-Drs. 127/11(B), 11.

<sup>284</sup> BT-Drs. 17/7511, 35 (Hervorhebung von mir).

<sup>285</sup> BT-Drs. 17/5712, 68.

#### IV. Der Sinn und Zweck

Das Gesetz kann den konkreten Fall, mit dem die Praxis konfrontiert wird und dem sie sich zu stellen hat, nicht schablonenartig lösen; es besteht keine schlichte „Ableitungsbeziehung“, sondern ein kompliziertes Verhältnis wechselseitiger Entsprechung.<sup>286</sup> Deshalb kann die Lösung aus dem Gesetzeswortlaut nicht einfach herausgelesen werden, sondern ergibt sich erst *am Ende* eines Verstehensprozesses.<sup>287</sup> Neben dem Wortsinn und der Systematik, die in unserem Fall jeweils von Unklarheiten geprägt sind und dem Blick auf die Historie, wonach der Gesetzgeber das Problem wohl im Auge gehabt zu haben schien, ist die streitgegenständliche Frage der Dispositivität der §§ 174 ff. InsO nun anhand des Sinn und Zwecks zu beurteilen. Wobei auch die Frage virulent wird, ob der Gesetzgeber die scheinbare Planfestigkeit auch heute noch als sachgerechte Lösung betrachten würde. Natürlich ist zu berücksichtigen, dass das Reformgesetz ESUG relativ jung ist, demgegenüber jedoch auch, dass schnelle gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung<sup>288</sup> den ursprünglichen Regelungszweck verändert haben könnten.<sup>289</sup> Denn ein modernes Insolvenzrecht gewährleistet nur dann Zeitgemäßheit, wenn die dahinter stehende Wertung des Gesetzgebers auch nach Abschluss eines Reformprozesses greifen kann. Freilich erfolgt hier keine freie Bestimmung des gesetzlichen Inhalts, da dies nichts mehr mit Auslegung zu tun hat. Deshalb muss der objektive Sinn und Zweck stets einen Anhaltspunkt im Gesetzestext finden.<sup>290</sup> Hier ist Vorsicht geboten, um den Einzelfall nicht anhand der Bedürfnisse des Rechtsanwenders, sondern stets nur anhand gesetzgeberischer Wertungen zu entscheiden.<sup>291</sup>

Doch – wie die nachfolgende Gegenüberstellung von Argumenten für und gegen die Plandispositivität zeigen wird – rundet die Betrachtung des Sinn und Zwecks das bisherige Ergebnis ab, dass das Anmelde- und Feststellungsverfahren zwingend und der Autonomie der Beteiligten entzogen ist.

286 NK-StGB/Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 102.

287 Foerste, JZ 2007, 122; NK-StGB/Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 102.

288 Schönke/Schröder-StGB/Eser/Hecker § 1 Rn. 41.

289 So NK-StGB/Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 109a: Je länger die Kodifizierung eines Tatbestands zurückliegt, desto mehr schwinde die Überzeugungskraft der subjektiv-historischen Interpretation des Wortlauts.

290 NK-StGB/Hassemer/Kargl, § 1 Rn. 109d; Schönke/Schröder-StGB/Eser/Hecker § 1 Rn. 54: Auslegung bleibt innerhalb des durch den Tatbestand gezogenen begrifflichen Rahmens.

291 Foerste JZ 2007, 122 (129).

## 1. Die „konturenlose“ Gläubigerautonomie und die Macht der Mehrheit

Die Gläubigerautonomie scheint wohl das (vermeintlich) stärkste Argument für die Plandispositivität der §§ 174 InsO zu sein. Wiederholt wird die Gestaltungsfreiheit, die freilich durch die Reformen des Insolvenzrechts gestärkt werden sollte, für die Zulässigkeit diverser Planregelungen bemüht.<sup>292</sup> Jedoch ist davor zu warnen, den Begriff der Gläubigerautonomie zu sehr zu belasten und sie gleichsam als „Wunderwaffe“ in den Bestrebungen des Gesetzgebers zu einer Deregulierung des Insolvenzverfahrens anzusehen.<sup>293</sup> Die Gläubigerautonomie bringt zwar wesentliche Prinzipien des Insolvenzverfahrens zum Ausdruck, ist jedoch in Bezug auf die Reichweite der Gestaltungsmacht bei Lichte betrachtet eher konturenlos. So bestand bspw. ein wesentliches Ziel des Regierungsentwurfs zum ESUG<sup>294</sup> darin, den Einfluss der Gläubiger zu stärken, um deren effektivere Beteiligung am Verfahren zu erreichen. Doch dieses allgemein formulierte Ziel – Stärkung der Gläubigerautonomie – sollte nur im Vordergrund stehen, soweit es bspw. um die *Mitwirkung* der Gläubiger im Planverfahren geht.<sup>295</sup> Für eine verallgemeinerungsfähige Wirkung und Gestaltungskompetenz ist also kein Raum, was auch dadurch deutlich wird, dass die Gläubiger nach wie vor nicht selbst zur Vorlage eines Insolvenzplans berechtigt sind.<sup>296</sup> Auch ist man sich darüber einig, dass Gläubiger außerhalb der Insolvenz zur Durchsetzung des materiellen Rechts kein Recht auf Selbsthilfe haben, sondern ein staatlich gewährleistetes Verfahren in Anspruch nehmen müssen, um einen gerechten Ausgleich zwischen den gegenläufigen Interessen von Gläubiger und Schuldner herzustellen und den schonenden Umgang mit dem Schuldner zu überwachen.<sup>297</sup> Erwägungen dafür, dass dies nun im Insolvenzverfahren anders sein müsse, lassen sich nicht herleiten, vielmehr müsse der Staat bei einem wirtschaftlichen Zusammenbruch gerade im Sinne von „jetzt erst recht“ einen gesetzlichen Rahmen schaffen.

Des Weiteren muss sich die Gläubigerautonomie systemimmanent selbst begrenzen, weil grenzenlose Gläubigerautonomie von denen missbraucht werden würde, die über besseres Wissen, mehr Erfahrung, etc. verfügen.<sup>298</sup> Und die Mehrheit der Gläubiger ist hinsichtlich der Meinungsbildung auf die voll-

292 U. a. Uhlenbruck-InsO/*Knof* § 74 Rn. 1, spricht von einer *schrankenlosen Gläubigerautonomie*.

293 MüKoInsO/*Ehricke* § 74 Rn. 7.

294 Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – ESUG, BT-Drs. 17/5712.

295 Pape ZInsO 2011, 1033 (1033).

296 Rüve, Gruppenbildung, 2008, S. 64.

297 Lepa, Verfassungsrecht, 2001, S. 214.

298 Zur Privatautonomie Paulus/Zenker JuS 2001, 1 (2).

ständige und richtige Information durch den Planersteller angewiesen.<sup>299</sup> Auch besteht das Problem darin, dass der Gesetzgeber, der sich den Sachverstand der Gläubiger zu Nutze machen wollte, wohl irrtümlicherweise davon ausging, dass Gläubiger ihre Mitwirkungsrechte ausreichend wahrnehmen.<sup>300</sup> Eine (zu) weit reichende Gläubigerautonomie bedeutet letztendlich immer nur eine Autonomie von bestimmten Mehrheiten (also Interessen), da Beschlüsse der Gläubiger keine Einstimmigkeit voraussetzen. Die Rechte derjenigen, regelmäßig Kleinstgläubiger, die sich aus wirtschaftlicher Sicht nicht aktiv beteiligen (keinesfalls immer die zahlenmäßige Minderheit) müssen gleichfalls geschützt werden. Aber auch die Rechte derjenigen, die sich für die Planlösung einsetzen (trotz Mehrheitsbeschluss nicht immer die Mehrheit!), müssen gewahrt werden, weil ein zu weitgehender „Minderheitenschutz“ die „Mehrheitsrechte“ praktisch leerlaufen ließe. So wäre eine grenzenlose Gläubigerautonomie im Ergebnis wirkungslos, wenn die Minderheit eine Mehrheitsentscheidung unter besonders leichten Voraussetzungen torpedieren könnte. So die Theorie. Doch mit Blick auf die Praxis wird ein weiteres Risiko übersehen, das mit einer „pauschalierten“ und deshalb richtigerweise zu relativierenden Stärkung der Gläubigerautonomie einhergeht. Denn möchte man die Stellung der Gläubiger stärken und das Verfahren weiter deregulieren, ohne dass allerdings Anhaltspunkte bestehen, dass Gläubiger auch verstärkt ihre Rechte wahrnehmen wollen, öffnet man Tür und Tor für Missbrauchsmöglichkeiten.<sup>301</sup> Gerade Gläubiger unproblematischer Forderungen oder die diversen Kleinstgläubiger bleiben zumeist desinteressiert dem Verfahren fern und überlassen so die Entscheidung denjenigen Gläubigern mit u. U. zweifelhaften Beziehungen/Forderungen zum Schuldner. Und gerade weil die Interessen der Gläubiger selten gleich gelagert sind, sondern regelmäßig auf eine möglichst hohe (eigene) Beteiligung, kann der Verzicht auf die Beteiligung an der Gläubigerversammlung zu einer Majorisierung zweifelhafter Forderungen führen<sup>302</sup>, und darüber hinaus wird es zunehmend schwerer, eine wirtschaftliche Lösung zur Bewältigung der Insolvenz zu finden.

Blickt man zurück und betrachtet die Entwicklung der wachsenden Verantwortung und Gestaltungsfreiheit der Gläubiger, bleibt dennoch die Erkenntnis, dass das Insolvenzrecht eine Form der Zwangsvollstreckung ist, was eine originäre Aufgabe des Staates darstellt.<sup>303</sup> Die Gläubiger schützen lediglich ihre Interessen, indem sie Entscheidungen im vorgegebenen Rahmen treffen. Wer auf die Teilnahme an einer Gläubigerversammlung verzichtet, verdeutlicht sein

299 Henckel KTS 1989, 477 (489); Rüge, Gruppenbildung, 2008, S. 62.

300 Pape NZI 2006, 65 (65).

301 Pape ZIP 1990, 1251 (1251).

302 So Pape ZIP 1990, 1251 (1255).

303 MüKoInsO/Ehrlicke § 74 Rn. 2; MüKoInsO/Becker § 1 Rn. 10 ff.



mangelndes Interesse an Beschlussgegenständen und beraubt sich damit auch der Möglichkeit, eine ohne ihn getroffene Entscheidung, welche möglicherweise seinen Interessen zuwiderläuft, zu revidieren.<sup>304</sup> Ein Argument für eine allumfassende Plandispositivität ist damit aber nicht gefunden. Der Gläubigerautonomie und der Gestaltungsfreiheit sind vielmehr unbestritten Grenzen gesetzt, was bereits durch § 78 Abs. 1 InsO bzw. § 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO deutlich zum Ausdruck kommt. Danach erhält das Insolvenzgericht die Möglichkeit, einen Beschluss der Gläubigerversammlung aufzuheben, sofern dieser dem gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger widerspricht bzw. hat das Insolvenzgericht einen vorgelegten Insolvenzplan von Amts wegen zurückzuweisen, wenn Vorschriften über den Inhalt des Plans nicht beachtet wurden.

Nun eine Planregelung mit dem Argument der scheinbar umfassenden Gläubigerautonomie zu rechtfertigen, negiert gerade die unstrittige Grenze und wäre andernfalls eine allumfassende Rechtfertigung für jede Planregelung. Das kann offensichtlich nicht richtig sein. Die Gläubigerautonomie bleibt undefiniert. Nähert man sich einer Begriffsbestimmung setzt die Gläubigerautonomie überhaupt erst einmal voraus, dass die durch die Gläubiger zu treffende Entscheidung ihrem Einflussbereich unterliegt und im zweiten Schritt nicht durch eine Schranke begrenzt wird.

So differenziert betrachtet scheitert die Plandispositivität bereits am mangelnden Einflussbereich der Gläubiger. Wie bereits andernorts erläutert, wird der persönliche Leistungsanspruch des Gläubigers mit Verfahrenseröffnung auf Eis gelegt und in gewisser Hinsicht modifiziert. Im Verfahren wird das aus dem persönlichen Leistungsanspruch abgeleitete subjektive Haftungsrecht des Gläubigers in ein insolvenzrechtlich verselbstständigtes spezifisches Gläubigerrecht umgewandelt und modifiziert. Aus diesem Grund erstreckt sich die Rechtskraft des Feststellungsverfahrens und auch des Feststellungsprozesses nicht auf den Leistungsanspruch, sondern auf das Insolvenzgläubigerrecht (auf Teilhabe und Mitbestimmung). Gläubiger können jedoch nicht über mehr oder weitergehend entscheiden, als ihnen das Verfahren selbst geben bzw. gewähren kann. Da der materiell-rechtliche Leistungsanspruch des Gläubigers selbst nur die Voraussetzung des Insolvenzgläubigerrechts ist, könne die Gläubigergemeinschaft mit Breitenwirkung gerade nicht mit absoluter Wirkung über die Feststellung (im Sinne von materieller Berechtigung) von Insolvenzforderungen entscheiden.

Schranken der Gläubigerautonomie können vielfältig ausgestaltet sein. Zum einen können Mehrheitsentscheidungen durch das Insolvenzgericht überprüft und ggfs. aufgehoben werden (§ 78 InsO). Darüber hinaus können Schranken durch besonders hohe Mehrheitserfordernisse (§ 76 Abs. 2 InsO),

304 Ehricke NZI 2000, 57 (60).

Minderheitenschutz (§ 251 InsO) und letztendlich auch dadurch errichtet werden, dass der zu entscheidende Komplex der Gläubigerautonomie vollständig entzogen ist (zwingende Vorschriften). Dennoch rekurriert teilweise die Literatur<sup>305</sup> auf die Idee des Planverfahrens, wonach typischerweise widerstreitende Interessen durch Mehrheitsmacht geregelt werden. Gemeint ist, dass ein umfassender Konsens der Gläubiger nicht erforderlich aber auch selten möglich ist und ausweislich des § 244 Abs. 1 InsO für die Annahme eines Insolvenzplans jede Gruppe (sofern verschiedene Gruppen gebildet wurden) den Planregelungen zugestimmt hat, wobei innerhalb einer Gruppe eine Kopfmehrheit (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und eine Summenmehrheit (§ 244 Abs. 1 Nr. 2 InsO) ausreichend ist. Für sich genommen kann hieraus kein Argument für die Plandispositivität gewonnen werden. Es ist ein untaugliches Abgrenzungskriterium zwischen der Gläubigerautonomie und zulässiger Schranken, insbesondere zwischen zwingenden und damit der Disposition der Parteien entzogenen Bereiche der Insolvenzordnung. Der Vergleich macht nur deutlich, dass lediglich in den Bereichen, in denen die Gläubiger von den gesetzlichen Wertungen abweichen können, kein umfassender Konsens gefunden werden müsse. Richtig ist, dass die verschiedenen Interessen der Gläubiger in einem Insolvenzverfahren erheblich voneinander abweichen können. Die denkbaren Konstellationen sind vielfältig. Die Gläubiger können über die Modalitäten der Verwertung, die Art und Weise der Verteilung, der Fortführung des Geschäftsbetriebes oder eben auch um die Berechtigung bzw. den Zugang des jeweiligen Gläubigers streiten. Doch nicht alle Bereiche sind im Plan regelbar. Das allgemeine Prinzip der Mehrheitsentscheidung ist keine grundlegende Rechtfertigung jeder Planregelung, sondern nur das Vehikel der Umsetzung.

## 2. Keine Gefahr einer fehlerhaften Bewertung

Gegen die Plandispositivität kann zunächst vorgebracht werden, dass eine Forderung, die über einen Insolvenzplan bestimmt wird, rückblickend betrachtet einen anderen Inhalt erfährt, als mithilfe und über das Anmelde- und Feststellungsverfahren. Gemeint ist damit die Gefahr einer fehlerhaften Bewertung des Planarchitekten. Der Gedanke, dass das Schicksal einer Insolvenzforderung in einem Insolvenzplan zum Regelverfahren abweicht, ist der InsO jedoch nicht fremd.

Bereits im Regelverfahren können Forderungen durch Eintragung und Feststellung in der Tabelle inhaltlich geändert werden. So sind bspw. nicht fällige als fällige (§ 41 Abs. 1 InsO), nicht auf Geld gerichtete Forderungen mit ihrem Schätzwert (§ 45 S. 1 InsO) und Forderungen auf wiederkehrende Leistungen

<sup>305</sup> Heinrich NZI 2009, 546 (548).



gemäß § 46 InsO zu berechnen und anzumelden. Da es nach der herrschenden Meinung bei der Inhaltsänderung bleibt, ist es nach Aufhebung eines Regelverfahrens möglich, dass ein Schuldner eine ursprünglich nicht fällige Forderung sofort oder selbst eine Fremdwährungsforderung in EUR erfüllen muss, da die zu Grunde liegenden Forderungen umgestaltet wurden und von den Gläubigern und vom Schuldner selbst außer Streit gestellt wurden (§ 201 InsO).

Vergleichbare Änderungen sind aber auch im Planverfahren möglich. § 254 Abs. 4 InsO regelt, dass für den Fall, dass Forderungen von Gläubigern in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte umgewandelt wurden, der Schuldner nach der gerichtlichen Bestätigung keine Ansprüche wegen einer Überbewertung der Forderungen im Plan geltend machen kann. Dieser Absatz wurde neu eingefügt. Aus dem Sinn und Zweck der Norm kann ab- und hergeleitet werden, dass die Bewertung einer Forderung im Plan ungeachtet der (ggfs. streitigen) Feststellung in der Tabelle abschließend und losgelöst vom Regelverfahren erfolgen kann. Das ist ein klares Signal des Gesetzgebers für eine mögliche und vor allem zulässige Diskrepanz zwischen Forderungswert im Plan- und Regelverfahren.

### 3. Bedeutung der Tabelle im Regel- und Planverfahren

Der BGH stellt klar, dass die §§ 174 ff. InsO den Gläubigern das Recht garantieren müssen, ihre Forderungen in einem formalisierten Prüfungsverfahren feststellen zu lassen, soweit der Forderung durch den Insolvenzverwalter oder einem Gläubiger widersprochen wurde und auch in der Folgezeit kein Konsens gefunden werden könne. *Frank* und *Baumert*<sup>306</sup> vertreten hingegen die Auffassung, dass dies in dieser Konsequenz nur für das Regelverfahren gelten müsse. Im Planverfahren seien die §§ 174 ff. InsO dispositiv, weil u. a. die Tabelle im Regelverfahren und parallel dazu im Planverfahren andere Funktionen übernimmt und damit einen anderen Sinn und Zweck erfüllt. Zur Begründung führen sie aus, dass die Feststellung der Forderung in der Insolvenztabelle für das Regelverfahren hauptsächlich für die Zuteilung an Bedeutung gewinnt. Zwar in einem anderen Zusammenhang aber gleichfalls dem zustimmend meint *Eckardt*<sup>307</sup> dazu, dass die praktische Brauchbarkeit der Tabelle im Wesentlichen auf die Aufnahme von Begehren auf anteilige Befriedigung aus der Masse begrenzt ist. Auch nach *Heinrich*<sup>308</sup> kommt der Insolvenztabelle für die Teilnahme am Insolvenzverfahren und die Verteilung der Insolvenzmasse letztendlich eine reine ordnungsrechtliche Bedeutung zu. Eine zur Tabelle festgestellte Forde-

306 BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437.

307 Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 543, Rn. 20.

308 Heinrich NZI 2009, 546 (548).

rung soll somit im Wesentlichen die Befriedigung des Insolvenzgläubigers ermöglichen, indem die Voraussetzungen für die Verteilung des Vermögens im Regelverfahren geschaffen werden. Voraussetzung einer Vermögensverteilung im Regelverfahren sind u. a. die Durchführung des allgemeinen Prüfungstermins und ein rechtskräftig aufgestelltes Verteilungsverzeichnis. Das Verteilungsverzeichnis ist daher nichts anderes als die fortgeschriebene und berichtigte Tabelle nach § 175 InsO.<sup>309</sup> Durch das Anmelde- und Feststellungsverfahren soll keinesfalls der materielle Gehalt der Forderung präjudiziert werden.<sup>310</sup> *Frank* und *Baumert* schließen sich offensichtlich<sup>311</sup> der Meinung an, dass nicht der persönliche Leistungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner den Gegenstand der Feststellung bildet, sondern vielmehr das modifizierte Insolvenzgläubigerrecht, hier im Sinne der Teilhabebefugnis an der Verteilung der Insolvenzmasse bzw. sein insolvenzspezifisches Haftungsrecht an der Masse.<sup>312</sup> Das korrespondiert auch mit der Auffassung von *Eckardt*, wonach durch eine Verteilung zunächst nur das Insolvenzgläubigerrecht und nur mittelbar die persönliche Forderung gegen den Schuldner im Wege der Anrechnung erfüllt wird, weil der persönliche Anspruch gegen den Schuldner bis zum Verfahrensabschluss eingefroren wird und das verselbstständigte subjektive Haftungsrecht zur Grundlage der Rechtsstellung des Gläubigers im Insolvenzverfahren wird.<sup>313</sup>

Für eine solche differenzierende Betrachtung der Tabellenfunktion lässt sich jedenfalls die unterschiedliche Wirkung des Bestreitens einer Forderung durch den Insolvenzverwalter bzw. Gläubiger und den Schuldner ins Feld führen. Die zur Tabelle angemeldete Insolvenzforderung betraf ursprünglich nur das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Ein vor Insolvenz erstrittenes Urteil würde ebenso nur zwischen diesen Parteien wirken. Ein wesentliches Prinzip des Insolvenzverfahrens ist nun aber die gemeinschaftliche Befriedigung. Deshalb beeinflusst die Befriedigung eines Insolvenzgläubigers die Chancen aller übrigen Insolvenzgläubiger. Die Feststellung oder ein beseitigter Widerspruch wirkt daher auch gegenüber allen anderen Gläubigern. Demgegenüber bleibt ein Widerspruch des Schuldners hinsichtlich der Feststellung des Gläubigerrechts also in Bezug auf die insolvenzrechtliche Haftungsverwirklichung unbeachtlich (§ 178 Abs. 1 S. 2 InsO). Der Grund liegt darin, dass die Vermögensmasse haftungsrechtlich den Gläubigern zugewiesen ist und der Schuldner nicht mehr verwaltungs- und verfügungsbefugt ist.

309 Uhlenbruck-InsO/*Wegener* § 188 Rn. 2.

310 BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437.

311 Im Aufsatz erfolgt kein Bezug oder Kenntlichmachung des Meinungsstandes.

312 LSZ-InsO/*Smid* § 179 Rn. 10; Kölner Schrift, 2009, *Eckardt*, S. 555, Rn. 39; MüKoInsO/*Schumacher* § 178 Rn 11–16.

313 Kölner Schrift, 2009, *Eckardt*, S. 570, Rn. 62.

Der Schuldner kann deshalb die Feststellung nicht verhindern und somit auch nicht, dass ein Gläubiger an Verteilungen partizipiert, solange die Gläubiger und der Insolvenzverwalter sich untereinander einigen können. Auf dieser Grundlage könnte Gegenstand dieser Feststellung tatsächlich nur das Recht auf Teilhabe am Erlös sein. Wäre dies anders, müsste genau genommen die Feststellungswirkung auch gegenüber dem Schuldner greifen.

Hier verhält es sich jedoch anders, weil der Schuldner für die Rechtslage nach Verfahrensbeendigung wieder Verantwortung übernimmt. Mit Blick auf § 201 Abs. 2 InsO müssen Gläubiger, auch wenn ihre Forderung in der Insolvenztabelle festgestellt wurde, Feststellungsklage gegen den Schuldner erheben bzw., wenn bereits zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Prozess zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner wegen der bestrittenen Forderung anhängig war, diesen gegen den Schuldner aufnehmen und so einen vom Schuldner erhobenen Widerspruch beseitigen. Nur dann erhält der Gläubiger nach Abschluss des Insolvenzverfahrens eine beglaubigte auszugsweise Ausfertigung der Tabelle, aus dem er die Zwangsvollstreckung betreiben kann. In diesem Rechtsverhältnis geht es dann nicht mehr um die Teilhabe am Verwertungserlös, sondern um die Schaffung eines Titels, der gegen den Schuldner wirkt, um wieder die individuelle Rechtsverfolgung betreiben zu können. Denn wir erinnern uns, dass eine Feststellung zur Insolvenztabelle ihrem Betrag und ihrem Rang nach wie ein rechtskräftiges Urteil nur gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern wirkt, nicht jedoch gegenüber dem Schuldner (§ 178 Abs. 3, 183 Abs. 1 InsO). So versteht sich auch, warum der Streitgegenstand im Fall des Schuldnerwiderspruchs, abweichend vom Gläubiger- oder Insolvenzverwalterwiderspruch, unmittelbar der persönliche Leistungsanspruch gegen den Schuldner ist.<sup>314</sup> Für die Streitwertbemessung kommt es deshalb nicht auf die Insolvenzquote an (vgl. § 182 InsO), sondern auf den persönlichen Leistungsanspruch gegen den Schuldner, jedoch begrenzt auf die Realisierbarkeit des festzustellenden Anspruchs.<sup>315</sup> Natürlich könnte diese Unterscheidung auch schlicht auf der insolvenzrechtlichen Besonderheit der gemeinschaftlichen Befriedigung beruhen. Andernfalls könnte ein Schuldner unbegründet oder gar ausschließlich emotional geleitet Forderungen bestreiten und so sämtliche Gläubiger in Feststellungsrechtsstreite zwingen, möchten diese von Verteilungen partizipieren.

Im Planverfahren beschränkt sich nach Auffassung von *Frank* und *Baumert* die Bedeutung der Insolvenztabelle auf die Feststellung des Stimmrechts im Planverfahren. Die Teilnahme und Verteilung von Vermögenswerten werden hingegen im Planverfahren vom gestaltenden Teil des Insolvenzplans beein-

<sup>314</sup> Kölner Schrift, 2009, *Eckardt*, S. 547, Rn. 28.

<sup>315</sup> BGH NJW 2009, 920.

flusst und bestimmt. Auch die Verteilung bzw. besser der „Zuteilungsmaßstab“ kann im Insolvenzplan selbst bestimmt werden, auch wenn in der Praxis der Einfachheit halber regelmäßig auf die Insolvenztabelle abgestellt wird, da sie in den meisten Fällen frei von Widersprüchen ist. Die Insolvenzordnung schreibt das jedoch nicht vor.

*Frank* und *Baumert* verweisen darüber hinaus noch auf § 254 Abs. 1 S. 3 InsO in der Fassung vom 5.10.1994. Danach wirken die im gestaltenden Teil festgelegten Regelungen auch für Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, und auch für Beteiligte, die dem Plan widersprochen haben. Durch die teilweise Neugestaltung der Insolvenzordnung findet sich diese Regelung nunmehr in § 254b InsO, womit eine inhaltliche Änderung jedoch nicht erfolgen sollte.<sup>316</sup> Die Autoren stellen konsequent fest, dass die Rechte der Gläubiger, die sich am Regelverfahren (ob bewusst oder unbewusst) nicht beteiligt haben, unbeschränkt bleiben, während eine Planregelung sämtliche Gläubiger mit ihren Forderungen erfasst. Daraus schließen Sie, dass sich die Bedeutung der Tabelle im Planverfahren in der Ermittlung des Stimmrechts für das Abstimmungsverfahren erschöpft (§ 237 bis § 239 InsO), soweit der Plan keine anderweitige Regelung enthält.<sup>317</sup>

Der Ansatz der Autoren ist im Grunde genommen zutreffend. Dafür spricht auch die Existenz des § 229 S. 3 InsO, wonach auch Gläubiger zu berücksichtigen sind, die zwar ihre Forderungen nicht angemeldet haben, jedoch bei der Ausarbeitung des Plans bekannt sind. Anspruchsgrundlage der Verteilung ist dann nicht die Tabelle, sondern der Plan selbst. Doch hat dies keine Konsequenz für die im Streit stehende Frage der Modifizierung des Anmelde- und Feststellungsverfahrens, allenfalls für zulässige Gestaltungsmöglichkeiten einer Verteilung im Planverfahren, auf die später noch eingegangen wird. Es wird lediglich belegt, dass die Verteilung in einem Planverfahren losgelöst und daher umfassend modifiziert werden könnte, mit dem Ergebnis, dass nur die „verteilende Funktion“ der Insolvenztabelle modifiziert werden kann. Im Regelverfahren sind und bleiben Abweichungen von der Tabelle im Grundsatz unzulässig.<sup>318</sup> Demgegenüber können in einem Insolvenzplan unterschiedliche Quoten für unterschiedlich gebildete Gruppen festgelegt werden. Bei der Verteilung im Rahmen des Regelverfahrens ist das nicht möglich, da die Insolvenztabelle nur eine einheitliche Quote vorsehen kann.<sup>319</sup> Ursächlich hierfür ist, dass die

316 BT-Drs. 17/5712, 36.

317 BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437.

318 Zur Zulässigkeit von Abweichungen bei Änderungen der materiellen Rechtslage, Ringstmeier, FS f. Görg, 2010, S. 381 (388).

319 Von Verteilungen bei „Sondermassen“ mal abgesehen. Steht ein bestimmter Teil der Insolvenzmasse nicht allen Gläubigern, sondern nur einer bestimmten Gläubigergruppe zur Verfügung, so wäre für derartige „Sondermassen“ ein besonderes Verteilungsver-

Insolvenzmasse im Regelverfahren – abgesehen von etwaig zu bildenden Rückstellungen – auf sämtliche festgestellten Forderungen der Insolvenztabelle zu verteilen ist. Möchte man unterschiedlichen Gruppen unterschiedliche Quoten zuweisen, wäre gedanklich für jede Gruppe eine eigene Tabelle zu erstellen, die dann eine einheitliche Quote für die Gruppe ausweist. Im Planverfahren grundsätzlich regelbar, im Regelverfahren hingegen nicht.

Für die Befriedigung im Planverfahren ist ein Rückgriff auf die Insolvenztabelle somit nicht zwingend. Der Planverfasser kann eigenständig regeln, dass die Zu- und Verteilung nach einer im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehenen Bestimmung durchgeführt wird. So ist auch verständlich, warum auch Gläubiger von den Planregelungen erfasst werden können, die nicht ihre Forderungen angemeldet und somit nicht in der Insolvenztabelle und auch nicht im Verteilungsverzeichnis erfasst sind.

Auch der Verweis auf die umfassende Wirkung des Planverfahrens als Argument für die Dispositivität der §§ 174 ff. InsO ist infrage zu stellen, weil eine Planregelung entsprechend § 237 Abs. 2 InsO nicht sämtliche Gläubiger mit ihren jeweiligen Forderungen erfasst. Danach haben Gläubiger, deren Forderungen durch den Plan nicht beeinträchtigt werden, kein Stimmrecht. Daraus wird ersichtlich, dass die Wirkungen des Plans auf die Forderung eines Gläubigers vom Einzelfall abhängen.

Mit dem unbestritten möglichen – wenn auch regelmäßig erfolglosem – Beitreibungsrecht nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens können die Autoren ihre Auffassung gleichfalls nicht überzeugend untermauern. Ein Gläubiger, der seine Forderung nicht zur Tabelle anmeldet, kann sich richtigerweise nach Aufhebung des Verfahrens einen Titel im ordentlichen Verfahren verschaffen.<sup>320</sup> Gläubiger angemeldeter Forderungen hätten jedoch das Nachsehen. Denn auf eine wesentliche Funktion der Insolvenztabelle, nämlich die feststellende Wirkung, wird auch im Planverfahren verwiesen. § 257 InsO, der die anschließende Vollstreckung aus dem Plan regelt, besagt, dass die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht vom Schuldner im Prüfungstermin bestritten worden sind, aus dem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan in Verbindung mit der Eintragung in die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben können. Die Funktion der Insolvenztabelle als Verteilungsmaßstab mag im Planverfahren gelöst sein und daher modifiziert werden können, jedoch kann dadurch nicht automatisch und zwingend die Funktionen der feststellenden Wirkung (mit

zeichnis zu erstellen: MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebekus/Schwarzer § 188 Rn. 26; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 26.

320 BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437; vgl. auch BGH ZInsO 2012, 1321  
BAG ZIP 2016, 178.

Blick auf zukünftige Stimmrechte und dem Vollstreckungsrecht) zum Nachteil überstimmter Gläubiger neu geschrieben werden.

Die eingeschränkte Bedeutung der Insolvenztabelle für die Feststellung des Stimmrechts im Planverfahren ist auch wegen § 236 InsO zu hinterfragen. Danach darf der Erörterungs- und Abstimmungstermin nicht vor dem Prüfungstermin stattfinden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte die vorherige Prüfung der Forderungen die Festsetzung der Stimmrechte für die Abstimmung über den Plan erleichtern.<sup>321</sup> Der Gesetzgeber wäre aber nicht gehindert gewesen, auf den vorherigen Prüfungstermin zu verzichten und die Stimmrechte – wie schließlich in §§ 237, 239 InsO vorgesehen – feststellen zu lassen. Durch die zwingende Vorschaltung des Prüfungstermins hat jedoch der Gesetzgeber das Feststellungsverfahren der §§ 174 InsO ausdrücklich vorgezogen und insoweit könnte man meinen, dem Regelungsbereich des Insolvenzplans herausgenommen – zumindest aber seine besondere Bedeutung für das Regelverfahren wie auch für das Planverfahren deutlich zum Ausdruck gebracht. Somit kann der Regelung eher das Gegenteil entnommen werden, nämlich dass die Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderungen durch die Vorlage eines Insolvenzplans gerade nicht entbehrlich werden sollte mit der Folge, dass das Anmelde- und Feststellungsverfahren auch nicht modifiziert werden kann. Sinn und Zweck des § 236 InsO ist dann vielmehr die vorgeschaltete und umfassende Forderungsprüfung. Ausgehend hiervon, kann der Feststellung von Forderungen im Planverfahren und im Regelverfahren gerade keine aussagekräftige unterschiedliche Bedeutung beigemessen werden.

#### 4. Ein Blick zu den USA – Das Vorbildargument?

Das Insolvenzplanverfahren wurde vom US-amerikanischen Insolvenzrecht maßgeblich beeinflusst.<sup>322</sup> Dennoch wurden jene Regelungsmodelle nicht kritikos und ohne Änderungen auf die hiesigen Verhältnisse übertragen. Zwar wurden wesentliche Grundpfeiler der amerikanischen Regelungen wie die Abstimmung in Gläubigergruppen<sup>323</sup> oder das Obstruktionsverbot<sup>324</sup> übernommen, da diese Vorschriften eine besonders hohe Reife aufwiesen.<sup>325</sup> Jedoch waren Modifikationen erforderlich. So kennt das amerikanische Insolvenzrecht bspw. kein einheitliches Insolvenzverfahren, sondern verlangt, dass die Beteiligten von vornherein zwischen dem im Chapter 7 des U. S. Bankruptcy Code geregelten Liquidationsverfahren und dem im Chapter 11 des U. S. Bankruptcy

321 BT-Drs. 12/2443, 206.

322 BT-Drs. 12/2443, 105.

323 Das Pendant zu 11 U. S. C. § 1122 findet sich in § 222 InsO.

324 Das Pendant zu 11 U. S. C. § 1129(b) findet sich in § 245 InsO.

325 BT-Drs. 12/2443, 105.



Code geregelten Planverfahren entscheiden.<sup>326</sup> Damit ist ganz allgemein ein wesentlicher Punkt angesprochen. Ein funktionierendes Insolvenzrecht muss an die jeweilige Wirtschaftsordnung angepasst sein. Und die amerikanischen Regelungen schließen an eine materielle Rechtsordnung an, die sich von der mitteleuropäischen Rechtsordnung grundsätzlich unterscheidet.<sup>327</sup> Übertragbar sind deshalb allenfalls Wertungen übernommener Rechtsgedanken und Erfahrungen mit Problembereichen, die mit dem jeweiligen Insolvenzrecht gesammelt wurden. Auch wenn das Bedürfnis eines funktionierenden Planverfahrens erkannt wurde, ist das deutsche Planverfahren im Gegensatz zum US-amerikanischen Vorbild nach Chapter 11 kein Spiegelbild, insbesondere kein selbstständiges Verfahren und kann derzeit nur in einem eröffneten Insolvenzverfahren durchgeführt werden. Darüber hinaus wurden eigene Erfahrungen gesammelt, weshalb der (Reform-)Gesetzgeber die Gelegenheit nutzte, dem deutschen Planverfahren in den 16 Jahren der Geltung der Insolvenzordnung bereits eine eigene Entwicklung nehmen zu lassen. Dass sich die Auslegung der Planvorschriften an hiesigen Grundsätzen zu orientieren hat, ergibt sich aber auch mit Blick auf das Ziel der Regelungen des Chapter 11 und der Insolvenzordnung. Denn während die Regelungen der Insolvenzordnung primär die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gewährleisten sollen (§ 1 InsO), geht es bei den amerikanischen Regelungen des Bankruptcy Codes primär um die Erhaltung des Unternehmens und von daher auch primär um den Schutz der *Interessen des Schuldners* vor seinen Gläubigern<sup>328</sup>, mit der Folge, dass für eine Auslegung wohl nur sehr eingeschränkt auf das amerikanische Sanierungsrecht zurückgegriffen werden sollte. Für das hier zu untersuchende Problem hinsichtlich der §§ 174 ff. InsO ergeben sich jedenfalls keine zwingenden Rückschlüsse.

## 5. Gläubiger(un)-gleichbehandlung

Die Rechtsprechung des BGH wurde weitestgehend unkritisch übernommen<sup>329</sup> und kaum ein den Überlegungen des BGH hinausgehendes oder weiterführendes Argument ins Feld geführt. Lediglich *Piekenbrock* argumentierte mit der Gläubigergleichbehandlung innerhalb der Gruppen (§ 226 Abs. 1 InsO).<sup>330</sup> Zieht

326 Bork ZZP 1996, 473 (474).

327 Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 1, Rn. 1; mit Hinweis auf eine andere Rechts-tradition: Rüve, Gruppenbildung, 2008, S. 63.

328 Pawlowski DZWIR 2001, 45 (51); Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, S. 261, Rn. 15.20.

329 Besprechungen bei: Baumert/Schmitt NZI 2012, 394 ff.; Dahl/Thomas GWR 2011, 179 ff.; BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437; auch Anm. Piekenbrock LMK 2009, 281471; Heinrich NZI 2009, 546 ff.

330 BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Piekenbrock LMK 2009, 281471.

man als Vergleichsmaßstab nicht mehr die nach den gesetzlichen Bestimmungen festgestellten Forderungen heran, würde der falsche Bezugspunkt gewählt werden. So könnte sich eine einheitliche Quote auf die nach dem Insolvenzplan „festgestellten“ Forderungen auf der Grundlage der Feststellung nach den gesetzlichen Bestimmungen unterschiedlich auswirken. Zugegeben ja, es ist ein anderer Bezugspunkt, ob dieser falsch ist, mit der Folge der rechtlichen Unzulässigkeit, ist aber gerade die Frage, deren Beantwortung Gegenstand des letzten Kapitels ist. Und eine Ungleichbehandlung innerhalb der Gruppe scheint demgegenüber gerade ausgeschlossen, da der neue Bezugspunkt (der Verteilungsmaßstab) für alle Gläubiger wiederum gleich ist und mehr noch, für alle Gläubiger verbindlich wirkt. Darüber hinaus sind unterschiedliche Auswirkungen im Verhältnis zum Regelverfahren unstreitig zulässig – häufig gerade der Sinn und Zweck einer das Regelverfahren modifizierenden Planregelung.

## 6. Ordnungsfunktion des Anmelde- und Feststellungsverfahrens

Heinrich vertritt die Auffassung, dass die Vorschriften über die Anmeldung und Feststellung von Forderungen eine strukturelle Ordnungsfunktion haben und die Grundlage für die Verfahrensbeteiligung des Insolvenzgläubigers bilden.<sup>331</sup> Folgt man diesem Gedanken, dass der Gesetzgeber mit den §§ 174 ff. InsO den Zugang zum Insolvenzverfahren regeln und „nur“ eine Ordnung im Sinne eines Rechtsrahmens schaffen wollte, leuchtet ein, dass die Gläubiger aufgrund einer weitreichenden Gestaltungsmacht, natürlich dann die Gläubigerbeteiligung autonom regeln können. Die Gläubiger schaffen sich ihre Ordnung selbst. Dem Argument des BGH, wonach der Schutz von Minderheiten in den Vordergrund zu stellen sei, begegnet die Literatur mit § 251 InsO.

Die Mehrheitsentscheidung im Planverfahren wird begleitet vom Schutz überstimmter Gläubiger durch die Regelungen zum Obstruktionsverbot (§ 245 InsO – soweit mehrere Gruppen) und zum Minderheitenschutz (§ 251 InsO). § 251 InsO – selbst überschrieben mit Minderheitenschutz – sichere den geforderten notwendigen Schutz hinreichend ab. Nach dem Regelungsgehalt der Norm ist danach ein Plan auf Antrag zu versagen, wenn ein Gläubiger durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde. Der Antrag ist jedoch abzuweisen, wenn im gestaltenden Teil des Plans Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist (§ 251 Abs. 3 InsO). Ob der Beteiligte einen Ausgleich aus diesen Mitteln erhält, ist außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären. Eine weitergehende Absicherung der Gläubigerrechte müsste es auch über die §§ 174 ff. InsO nicht geben, dies sei zumindest schwer ableitbar. Denkt

<sup>331</sup> Heinrich NZI 2009, 546 (548).



man diesen Ansatz weiter, fällt aber auf, dass der Minderheitenschutz in Bezug auf die formalen Verfahrensrechte wie in Bezug auf die materielle Prüfungsreichweite der strittigen Forderung nur eingeschränkt gewährleistet werden kann. Das Problem lautet Prognoseentscheidung. Im Planverfahren müssen der Rechtspfleger oder der Insolvenzrichter für Insolvenzverfahren, die ab dem 1.1.2013 beantragt worden sind, eine Prognoseentscheidung treffen, ob der Gläubiger voraussichtlich schlechter gestellt wird. Faktisch kommt dies einer immanenten Forderungsprüfung nahe und dass eine solche Prüfung möglich ist, ergibt sich bereits aus § 77 InsO. Auch dort muss der Rechtspfleger bzw. der Insolvenzrichter ein Stimmrecht für bestrittene Forderungen festlegen, soweit kein Konsens gefunden wurde. Dennoch wird die Zuständigkeit der Prozessgerichte in einem solchen Fall auf das Insolvenzgericht übertragen. Gerade bei Entscheidungen durch den Insolvenzrichter begegnet dies weniger Bedenken. Problematischer erscheint aber die Tatsache, dass im Ergebnis lediglich eine Prognoseentscheidung getroffen wird. Für den Rechtsschutzsuchenden bleibt zwar das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nach § 253 InsO. Seit Inkrafttreten des ESUG hat sich der Gegenstand der Prüfung einer Beschwerde nach § 253 InsO n.F. aber grundlegend geändert. Die Begründetheit der Beschwerde setzt eine wesentliche Schlechterstellung voraus, die aus den nach § 251 Abs. 3 InsO bereitgestellten Mitteln nicht ausgeglichen werden könnte. Das Beschwerderecht ist darüber hinaus auf eine rasche Entscheidung ausgelegt, die gerade bei Sanierungs- und Fortführungsplänen erforderlich ist. Deshalb wurden die Voraussetzungen durch das ESUG verschärft. Die Möglichkeit einer Rechtsbeschwerde zum BGH ist darüber hinaus nur gegeben, wenn das Beschwerdegericht diese zugelassen hat (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). In formaler Hinsicht ist dem Gläubiger nur ein eingeschränkter Rechtsweg eröffnet, der zudem höhere Anforderungen aufweist, und in materiell-rechtlicher Hinsicht erreicht der Gläubiger nur eine Prognoseentscheidung. Im Vergleich dazu gewährt das Feststellungsverfahren der InsO den Gläubigern ein Verfahrensrecht, ihre Forderung im ordentlichen Rechtsweg gerichtlich feststellen zu lassen (§§ 178 ff. InsO). Ob es im Vergleich dazu – wie von der Literatur unterstellt – eines weitergehenden Gläubigerschutzes im Insolvenzplanverfahren nicht bedarf, ist vor diesem Hintergrund kritisch zu betrachten.

Darüber hinaus verblasst die Schlüssigkeit der Argumentation, sofern man davon ausgeht, dass der Minderheitenschutz der Insolvenzordnung eine Gläubigerposition voraussetzt, die über das Anmelde- und Feststellungsverfahren überhaupt erst bestimmt und festgestellt werden soll.<sup>332</sup>

332 Madaus, Insolvenzplan, S. 393; wonach andernfalls ein Zirkelschluss stattfände.

## 7. Das Argument der Nachrangigkeit

Ein weiterer Gedanke ergibt sich mit Blick auf die nachrangigen Insolvenzgläubiger. Im Regelverfahren sind nur diejenigen Gläubiger betroffen, die sich am Insolvenzverfahren durch Anmeldung ihrer Forderung beteiligen. Hingegen werden im Planverfahren jegliche Gläubiger erfasst (§ 254b InsO) und ungeachtet dessen, ob sie Forderungen angemeldet haben oder überhaupt zur Anmeldung aufgefordert wurden. Insbesondere auch die nachrangigen Insolvenzgläubiger, denen die Teilnahme am Insolvenzverfahren verwehrt ist, solange sie nicht aufgefordert wurden (§ 174 Abs. 3 InsO), werden von den Planwirkungen erfasst. Sie haben nach § 237 InsO und dem Verweis auf § 77 Abs. 1 S. 1 InsO grundsätzlich ein Stimmrecht. Jedoch gilt dies nur, soweit nach § 225 Abs. 2 InsO eine abweichende Regelung getroffen wurde, denn nur dann ist eine Gruppe nach § 222 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu bilden. Im Übrigen verbleibt es dabei, dass für sie weder eine Gruppe zu bilden ist, noch dass sie ein Stimmrecht haben.

Das bedeutet, dass auf die Forderung der nachrangigen Insolvenzgläubiger mittels eines Planverfahrens zugegriffen werden kann, ohne dass für diese Gläubiger überhaupt die Möglichkeit eines formalen Feststellungsverfahrens gegeben war.<sup>333</sup> Eine nachrangige Insolvenzforderung ist jedenfalls aus rechtstechnischer Sicht eine Forderung wie jede andere Insolvenzforderung. Es waren wirtschaftliche und politische Gründe, die den Gesetzgeber dazu veranlasst haben, sie unterschiedlich zu behandeln. Auf den besonderen Rechtsschutz bzw. den besonderen Rechtsweg des Feststellungsverfahrens wurde verzichtet. Ein klares Signal und eine klare Wertung des Gesetzgebers. Nachrangige Insolvenzgläubiger durchlaufen das Feststellungsverfahren nur für den Fall, dass sie aufgefordert wurden, ihre Forderungen anzumelden. Nach Abschluss des Regelverfahrens können Gläubiger nachrangiger Forderungen unbeschränkt nachfordern. Nach Abschluss eines Planverfahrens hingegen nicht – und das ohne, dass jemals ein Feststellungsverfahren durchgeführt wurde oder zumindest deren Rechte gewahrt werden konnten. Zwar sind nachrangige Insolvenzforderungen als private Vermögenswerte nach Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützt, jedoch sind erleichterte Eingriffe aufgrund der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung zulässig. De lege lata gilt dies nicht für nicht nachrangige Insolvenzforderungen – das Anmelde- und Feststellungsverfahren ist damit zwingend. Es obliegt dem Gesetzgeber, unter Abwägung der betroffenen Interessen, daran etwas zu ändern.

333 Sie sind dadurch aber dadurch nicht rechtlos gestellt, weil sie gleichwohl gem. § 251 InsO vorgehen und den dort geregelten Minderheitenschutz in Anspruch nehmen können: BGH NZI 2010, 603; MüKoInsO/Eidenmüller § 222 Rn. 63; HK-InsO/Flessner § 251 Rn. 3.

## V. Bestätigung durch verfassungskonforme Auslegungskontrolle

Der Auslegung und Deutung der gegenständlichen insolvenzrechtlichen Vorschriften dahingehend, dass die §§ 174 ff. InsO planfeste Vorschriften sind, stehen bislang keine fachrechtlichen Bedenken entgegen. Das einfache Recht der InsO ist jedoch angesichts des Vorrangs des Grundgesetzes auch anhand der grundgesetzlichen Maßstäbe auszulegen und entsprechend zu interpretieren, denn es liegt in der Natur der Rechtsanwendung, dass die Auslegung einer einfachgesetzlichen Norm auch bei größter methodischer Anstrengung verschiedene Deutungen zulassen kann.<sup>334</sup> Dass nun der Gesetzgeber scheinbar klar Stellung bezogen hat, ist dabei zu berücksichtigen, denn eine verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze regelmäßig dort, wo sie zu dem Wortlaut und dem klaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde.<sup>335</sup> Dennoch begrenzen Vorgaben und Maßstäbe, die der Gesetzgeber dem Rechtsanwender an die Hand gibt, das Ausmaß verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht.<sup>336</sup> Denn die Kontrolle dahingehend, ob die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts Verfassungsrecht verletzen, insbesondere die Einwirkung von Grundrechten auf die einfachrechtlichen Normen und Maßstäbe verkannt haben, erfolgt losgelöst.<sup>337</sup> An dieser Stelle soll das gefundene Ergebnis hinsichtlich des zwingenden Charakters des Anmelde- und Feststellungsverfahrens daher nur noch einmal einer abschließenden verfassungskonformen Auslegungskontrolle unterzogen werden. Die Kontrolle fällt zu Lasten der Plandispositivität aus.

Das Insolvenzrecht ist eine verfassungsrechtlich sensible Materie, weil hier gegenläufige verfassungsrechtlich geschützte Rechtspositionen aufeinander treffen.<sup>338</sup> Dass ein Insolvenzplan nicht vorsehen darf, nach welchem Modus Forderungen im Insolvenzverfahren zu bestimmen sind, entspricht den aus Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG abgeleiteten Anspruch auf Justizgewährung und effektiven Rechtsschutz für Gläubiger und Schuldner. Auch die eigentumsrechtlich geschützten Rechtspositionen der Gläubiger (Artikel 14 Abs. 1 GG), soweit sie durch einen Insolvenzplan betroffen sind, gebieten diesen Rechtsschutzanspruch.

Das Insolvenzplanverfahren ist eine gleichberechtigte Alternative zur Regelabwicklung, deren konkrete Ausgestaltung im gesetzlichen Rahmen dem Planarchitekten obliegt und deren Legitimierung über die Zustimmung der Beteiligten erfolgt. Die Möglichkeit, einen Insolvenzplan aufzustellen, ist ein originär gesetzlicher Anspruch des Schuldners oder des Insolvenzverwalters

334 Lüdemann JuS 2004, 27 (28).

335 BVerfGE 90, 263 (270).

336 BVerfGE 59, 231 (274), NJW 1982, 1447.

337 BVerfGE 59, 231 (274), NJW 1982, 1447.

338 Lepa, Verfassungsrecht, 2001, S. 15.

und jedenfalls ein derivativer gesetzlicher Anspruch der Gläubigerversammlung (§ 218 InsO). Ein Planvorlagerecht eines jeden Verfahrensbeteiligten besteht auch mit Blick auf das grundrechtlich geschützte Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht.<sup>339</sup> Jedoch kann dieses Ziel auf mittelbarem Wege über die Herbeiführung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung erreicht werden (§ 157 S. 2 InsO). Für den Insolvenzverwalter besteht dann eine Planvorlagepflicht.

Für die Vorlage, Ausgestaltung und die Durchführung des Insolvenzplans gilt allein das in sich geschlossene Regelungssystem der InsO (§§ 217 ff. InsO). Doch auch dieses gesetzliche Rechtsverhältnis steht natürlich nicht über der Verfassung, sondern muss sich an deren Wertungen messen lassen und formell und materiell mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang stehen. Der Staat hat ein Gewaltmonopol und entmachtet faktisch den Einzelnen.<sup>340</sup> Als Ausgleich für die Entmachtung des Einzelnen muss der Staat Verfahren schaffen, mit denen die Rechtslage überprüft, festgestellt und ggfs. zwangsweise durchgesetzt werden kann. Aus der Schuld wird Haftung und der Staat muss jeweils Justiz gewährleisten, indem er bspw. Gerichtsbarkeiten aufbaut und Verfahren vorsieht<sup>341</sup> wie das nach der InsO. Das Grundgesetz garantiert den Rechtsschutz. Gegenüber Akten der öffentlichen Gewalt ergibt sich dieser direkt aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG, doch auch in Bezug auf privatrechtliche Streitigkeiten leitet sich aus dem Grundgesetz ein allgemeiner Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG ab. Dabei reicht es aus, dass der Staat eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet.<sup>342</sup> Der Gesetzgeber entscheidet mit Blick auf die verschiedenen betroffenen Interessen, ob eine gerichtliche Instanz oder ein Instanzenzug gewährt wird und unter welchen Voraussetzungen die Gerichte angerufen werden können.<sup>343</sup> Einen Instanzenzug garantiert die Verfassung nicht.<sup>344</sup> Der Gesetzgeber hat dabei einen wirkungsvollen Rechtsschutz des einzelnen Betroffenen mit der Rechtssicherheit abzuwägen, was voraussetzt, dass ein streitiges Rechtsverhältnis zwar nicht kurzfristig, aber jedenfalls in angemessener Zeit geklärt werden kann.<sup>345</sup>

339 MüKoInsO/Eidenmüller § 218 Rn. 100; Smid WM 1996, 1249 (1253).

340 Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 3, Rn. 7.

341 Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 5, Rn. 14.

342 Ständige Rechtsprechung: BVerfGE 54, 277 (291), BVerfG NJW 1981, 39; BVerfGE 107, 395 (402), BVerfG NJW 2003, 1924; BVerfGE 112, 185, BVerfG NJW 2005, 1999 – 2004.

343 BVerfGE 54, 277 (291); BVerfGE 107, 395 (402), BVerfG NJW 2003, 1924; BVerfG ZInsO 2010, 34.

344 BVerfGE 54, 277 (291), BVerfG NJW 1981, 39; BVerfGE 107, 395 (402), BVerfG NJW 2003, 1924.

345 BVerfGE 60, 253, BVerfG NJW 1982, 2425; BVerfGE 88, 118–128, BVerfG NJW 1993, 1635.

Vorliegend hat der Gesetzgeber das Anmelde- und Feststellungsverfahren ausdrücklich gesetzlich geregelt und dabei entschieden, dass für die Feststellung einer streitigen Forderung eine Klage im ordentlichen Verfahren zu erheben ist (§ 180 Abs. 1 S. 1 InsO) oder ein bereits zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens anhängiger Rechtsstreit über die Forderung in Bezug auf die Feststellung wieder aufgenommen werden kann (§ 180 Abs. 2 InsO). Dieser vom Gesetzgeber gewählte Weg steht mit den vorgenannten Grundsätzen in Einklang und beachtet insbesondere auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Vorrangiger Zweck des Insolvenzverfahrens ist die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger (§ 1 InsO). Insolvenzrecht ist Haftungsrecht. Das Insolvenzverfahren ist deshalb ein Teil des Zwangsvollstreckungsrechts, weshalb die Forderungen der Gläubiger im Insolvenzverfahren wie auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung als private vermögenswerte Rechte von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind.<sup>346</sup> Natürlich verlangt der Schutz der Forderungsrechte der Gläubiger einen zügigen und reibungslosen Ablauf des Insolvenzverfahrens und der Verweis auf den ordentlichen Rechtsweg als zulässigen Weg der Streitbeilegung verkompliziert und verlangsamt die Verfahrensabwicklung. Mit Blick auf die Forderungsrechte scheint das Insolvenzverfahren stets eilbedürftig und lange Verfahrensdauern per se gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Effizienz zu verstoßen. Die Besonderheit des Einzelfalles ist jedoch zu beachten, nämlich dass eine Vielzahl (oder gar alle) Forderungen streitig sind. Es stehen sich also hauptsächlich die Interessen der Gläubiger von unbestimmten vermögenswerten Rechten im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber. Die Besonderheit des Einzelfalles verlangt sogar den Schutz der vielen unbestimmten Forderungsrechte der Gläubiger, da es andernfalls – wie es der BGH richtig formulierte – möglich wäre, durch Mehrheitsbeschluss einzelnen Gläubigern oder einer ganzen Gruppe von Gläubigern ihre Forderung vollständig oder teilweise zu entziehen (was zwar möglich ist, § 224 InsO) – aber ohne hinreichenden Rechtsgüterschutz durch die vom Gesetzgeber vorgesehene Justizgewähr.

Das vom Gesetzgeber mit Blick auf die Gewährleistung des im Verfassungsrecht statuierten Beschleunigungsgebots führt deshalb nicht zu einer Beschleunigungspflicht, weil andernfalls die gesetzgeberische Entscheidung bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen umgangen wird. Das Insolvenzplanverfahren ist kein Allheilmittel.

Der BGH spricht daneben ausdrücklich von „rechtlichen Garantien“<sup>347</sup>, benennt sie aber weiter nicht. Damit könnte gemeint sein, dass ein Insolvenzplan, der das Prüfungsverfahren dergestalt verändert, dass die Forderungsan-

<sup>346</sup> BVerfGE 116, 1, BVerfG NJW 2006, 2613.

<sup>347</sup> BGH ZInsO 2009, 478.

meldung selbst und der Widerspruch gegen angemeldete Forderungen ausgeschlossen wird, den Anspruch der Gläubiger auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG berührt<sup>348</sup>, was dann die Unzulässigkeit der Planregelung bedingt. Der in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine Folgerung aus dem Rechtsschutzgedanken für das gerichtliche Verfahren und zugleich unabdingbarer Bestandteil der Justizgewährleistung. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen können, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können.<sup>349</sup> Das Gericht ist so verpflichtet, die Erklärungen der Parteien zur Kenntnis zu nehmen und bei der Entscheidungsfindung in Betracht zu ziehen. Ein etwaiger Ausschluss des Widerspruchsrechts ist in Konstellationen dann nur ein Scheinproblem, wenn die Forderungen bereits geprüft wurden und keine Widersprüche durch Gläubiger erhoben wurden, denn die Widerspruchsberechtigten hätten bereits im Termin agieren müssen. Nachträgliche Widersprüche sind unzulässig. Im Zeitpunkt der Planvorlage und der Abstimmung über den Termin besteht daher kein Widerspruchsrecht mehr. Dennoch könnte ein modifiziertes Anmelde- und Feststellungsverfahren auch die Ausübung eines bereits erhobenen Widerspruches konterkarieren und somit nicht hinreichend und angemessen das rechtliche Gehör gewährleisten.

## E. Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse

Gesetze sind fachsprachliche Texte. Die Auslegung hat ergeben, dass sich die gesetzlichen Regelungen über die Feststellung der Forderungen (§§174 ff. InsO), die in formeller und materieller Hinsicht die Voraussetzungen für die gleichberechtigte Partizipation der Gläubiger am Verfahren und an den Verfahrensergebnissen regeln, unter Berücksichtigung aller Auslegungskriterien als *Fundamentalnormen* des Insolvenzverfahrens<sup>350</sup> erweisen und der Disposition der Planbeteiligten entzogen sind. Wortsinn und Systematik und insbesondere der Wille des Gesetzgebers harmonisieren insgesamt mit dem Zweck des Gesetzes.

Die Gläubigerautonomie, die allzu häufig als vermeintliches „Überargument“ für eine nahezu schrankenlose Kompetenz und Gestaltungsmacht der Gläubiger herangezogen wird, ist untauglich, vielmehr konturenlos. Die Gläubiger nehmen Einfluss auf das Insolvenzverfahren, können es aber nicht allumfassend ausgestalten. Die Vorschriften der §§ 217 ff. InsO widerlegen das

348 Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, S. 128, Rn. 6.84; Smid DZWIR 2010, 45 (59).

349 BVerfGK 15, 111.

350 BGHZ 179, 304 = NJW 2009, 1747; Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 534, Rn. 1.

nicht, sondern belegen vielmehr, dass die Gläubiger an die vorgesehenen Rahmenbedingungen gebunden sind und außerhalb des Rahmens, keine eigenen Instrumente der Verfahrensabwicklung schaffen können.<sup>351</sup>

Die im Ergebnis richtige Entscheidung des BGH war ein Paukenschlag aber mit Blick auf die aktuelle Gesetzeslage ohne Alternative. Das ist keine Frage des Einzelfalles, also keine Frage des Individualrechtsschutzes, sondern eine Wertung der Insolvenzordnung, die höherrangigen Interessen Ausdruck verleiht und die es zu beachten gilt. Es ist historisch, systematisch und teleologisch stimmig, dass die §§ 174 ff. InsO im Planverfahren nicht disponibel sind. Eine teleologische Reduktion wäre auch ohne klare gesetzgeberische Linie abzulehnen, vielmehr der abschließende Charakter des § 217 InsO zu beachten. Die Folgen der Phoenix Entscheidung sind wegen der negativen Folgen für den Großteil der Gläubiger misslich, aber in der Frage der Reichweite der möglichen Plangestaltung angesichts der gegenwärtigen Gesetzeslage nicht zu vermeiden. Soll sich an dieser Rechtslage etwas ändern, obliegt es dem Gesetzgeber, den Wortlaut des § 217 InsO entsprechend zu ändern und klarzustellen, dass Plangegenstand, und einer dispositiven Regelung zugänglich, auch die §§ 174 ff. InsO sein können. Man mag aus Gründen der Praktikabilität ein anderes Ergebnis für wünschenswert halten. Dieses ist jedoch nicht mit dem Sinn und Zweck des § 217 InsO in Verbindung mit § 174 InsO in Einklang zu bringen. Nach alledem überzeugt die Rechtsprechung des BGH im Ergebnis, die aufgrund der weitreichenden Konsequenzen zu Recht einer näheren Untersuchung bedurfte.

---

351 MüKoInsO/Ehrlicke § 74 Rn. 2.



## **Kapitel 6: Die Suche geht weiter! Grundlagen alternativer Plangestaltungen – das Problem der Stimmrechte**

### **A. Notwendigkeit einer gesicherten Stimmrechtsregelung**

Nach der Rechtsprechung des BGH und auch der hier vertretenen Auffassung ist die Gestaltungsmacht mithilfe eines Insolvenzplans auch hinsichtlich der §§ 174 ff. InsO begrenzt. Doch auch wenn der Planarchitekt eine zulässige alternative Planregelung finden kann, entscheiden allein die Gläubiger als die vom Plan Betroffenen, ob der Plan umgesetzt werden soll. Das Erörterungs- und Abstimmungsforum ist eine Gläubigerversammlung. Von wenigen Besonderheiten abgesehen, bestimmen sich die Stimmrechte im Planverfahren nach den Grundsätzen der Stimmrechte im Regelverfahren bei der Durchführung von Gläubigerversammlungen. Hier schließt sich der Kreis zu dem Problem bei Abstimmungen von Gläubigern, deren Insolvenzforderungen im Zeitpunkt der Beschlussfassung (noch) nicht bestimmt werden konnten und daher bestritten sind (vgl. § 77 InsO). Die Gläubigerautonomie im Sinne eines Mitgestaltungsprivilegs ist stark gefährdet oder läuft gar leer, weil eine Einigung zwischen Insolvenzverwalter und/oder der Gläubiger von vornherein ausgeschlossen erscheint. Da die Gläubiger mit bestrittenen Forderungen letztendlich den Grund einer Planregelung darstellen, muss ihnen die Möglichkeit gegeben werden, über die zukünftige Abwicklung mitbestimmen zu können. Deshalb ist ein zunächst zu lösendes Problem der Umgang mit den Stimmrechten von Gläubigern nicht festgestellter Forderungen.

Unabhängig von zulässigen Regelungen in einem Insolvenzplan, muss ein möglichst einfach handhabbarer, aber vor allem verbindlicher und rechtssicherer Weg gefunden werden, die ansonsten in Bezug auf das Mitbestimmungsrecht gefährdeten Gläubiger an der Abstimmung über den Insolvenzplan auch bzw. insbesondere bei einer hohen Wahlbeteiligung mitwirken zu lassen. Wie sich nachfolgend zeigen wird, hält die InsO mit der gerichtlichen Stimmrechtsentscheidung ein grundsätzlich taugliches Mittel bereit, das jedoch im konkreten Fall mit Blick auf die Fallkonstellation und Sinn und Zweck zu modifizieren ist, wobei ein wesentlicher Aspekt auch immer eine sorgfältige Vorbereitung der Gläubigerversammlung durch den Insolvenzverwalter und das Insolvenzgericht sein wird.

## B. Verfahren (§ 235 InsO)

Das Forum der Gläubiger ist der Erörterungs- und Abstimmungstermin. Das Insolvenzgericht hat im Vorfeld des Termins sämtliche Insolvenzgläubiger, die Forderungen angemeldet haben, besonders zu laden (§ 235 Abs. 3 S. 1 InsO). Der Ladung ist eine Kopie des Plans nebst den Anlagen oder eine zusammenfassende Darstellung mit dem wesentlichen Inhalt beizufügen (§ 235 Abs. 3 S. 2 InsO), damit die Beteiligten über die notwendigen Gesichtspunkte informiert werden und ihre Abstimmungsentscheidung vorbereiten können.

Wie die Begrifflichkeit vermuten lässt, erörtern die Gläubiger den vorgelegten Plan und stimmen ab. Im Rahmen der Erörterung werden zudem auch die Stimmrechte festgestellt, auf die es nachfolgend ankommt. Die daran anschließende Abstimmung legitimiert den Plan als (allgemeinverbindliche) Regelungsgrundlage.<sup>352</sup> Das Insolvenzgericht beraumt dazu in der Regel einen einheitlichen Termin an – vorgeschrieben ist das jedoch nicht. Um das Verfahren beschleunigen zu können, soll das Insolvenzgericht nur in Ausnahmefällen einen gesonderten Termin zur Abstimmung anberaumen, vielmehr den Erörterungs- und Abstimmungstermin gemeinsam abhalten, was ursprünglich im Regierungsentwurf nicht als Regelfall vorgesehen war (§ 279 RegE). Zu einem gesonderten Abstimmungstermin wären dann auch nur noch die stimmberechtigten Beteiligten und der Schuldner zu laden (§ 241 InsO). Daraus folgt, dass die Erörterung und Festlegung der Stimmrechte Teil des Erörterungstermins sind. Das Gericht sollte bei einem einheitlichen Termin in jedem Fall auf eine klare Strukturierung des Termins achten, da er sich nach alledem in drei Abschnitte gliedert (Erörterung des Planinhalts, Erörterung der Stimmrechte, Abstimmung über den Plan).

Im Erörterungsteil erhalten die Beteiligten zunächst die Gelegenheit, zu den Regelungen des Insolvenzplans Stellung zu nehmen. Dabei sollte der Planverfasser die wesentlichen Inhalte des Insolvenzplans zusammenfassen, erläutern und insbesondere auch mitteilen, welche Überlegungen zu den einzelnen Vorschlägen angestellt wurden, damit den Beteiligten auch die Beweggründe für die einzelnen Planregelungen dargelegt werden. Häufig kommt dem Insolvenzverwalter, der in den weit überwiegenden Fällen den Insolvenzplan vorlegt, eine besondere mediative Rolle zu.<sup>353</sup> Der sich entwickelnden Diskussion kann schnell entnommen werden, ob der vorgelegte Plan Aussicht auf Annahme durch die Gläubiger hat oder nicht bzw. noch geändert werden muss. Das ist noch möglich (§ 240 InsO).

Nach der Erörterung des Planinhalts erfolgt die Erörterung und Feststellung der Stimmrechte der Gläubiger. Anschließend wird abgestimmt.

<sup>352</sup> Bork ZZZ 1996, 473 (478).

<sup>353</sup> MüKoInsO/Hintzen § 235 Rn. 26.

Der Erörterungs- wie auch der Abstimmungstermin sind unabhängige Gläubigerversammlungen im Sinne des § 76 InsO.<sup>354</sup> In Gläubigerversammlungen wird das Stimmrecht nach § 77 InsO festgelegt. Bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan gelten aber die §§ 237 und 238 InsO, die Sonderregelungen für die Festsetzung der Stimmrechte der Gläubiger enthalten, da wegen der Einbeziehung der absonderungsberechtigten Gläubiger, der Gruppenbildung und der Besonderheiten bei nachrangigen Insolvenzgläubigern Modifizierungen erforderlich sind.<sup>355</sup> § 237 Abs. 1 S. 1 InsO verweist dennoch auf die allgemeine Regelung des Stimmrechts in der Gläubigerversammlung und erklärt weite Teile des § 77 InsO für anwendbar. Konkret wird auf § 77 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 1 InsO verwiesen. Bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan werden im Unterschied zu anderen Gläubigerversammlungen Stimmrechte nur für diejenigen Rechte gewährt, die auch durch den Plan beeinträchtigt werden (§§ 237 Abs. 2, 238 Abs. 2, 238a Abs. 2.). Daher ist es möglich, dass ein Gläubiger in einer „normalen“ Gläubigerversammlung stimmberechtigt ist, mangels Beeinträchtigung seiner Rechtsposition bei der Abstimmung über den Plan aber kein Stimmrecht hat. Und weil die Regelungen des Plans (also auch die Eingriffe) im Erörterungstermin noch geändert werden können (§ 240 InsO), werden die Stimmrechte erst im Anschluss an die Erörterung des Plans festgesetzt.

Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle hält in einem Verzeichnis fest, welche Stimmrechte den Beteiligten nach dem Ergebnis der Erörterung im Termin zustehen (§ 239 InsO).

## C. Bestimmung von Stimmrechten im Planverfahren

Die Stimmrechte im Regelverfahren wurden bereits dargestellt und sind an dieser Stelle in Erinnerung zu rufen. Nachfolgend sollen nur die Besonderheiten für das Planverfahren untersucht werden.

### I. Stimmrechte für unbestrittene Insolvenzforderungen

Stimmrechte gewähren zunächst nur die Insolvenzforderungen, die angemeldet und weder vom Insolvenzverwalter noch von einem stimmberechtigten Gläubiger bestritten worden sind (§ 237 Abs. 1 InsO i. V. m. § 77 Abs. 1 S. 1 InsO). Ein Bestreiten des Schuldners bleibt für das Stimmrecht auch im Planverfahren ohne Wirkung (§§ 77 Abs. 1 S. 1, 178 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Beurteilung der Stimmrechte basiert auf den Ergebnissen des zuvor durchgeführten Prüfungs-

<sup>354</sup> MüKoInsO/Hintzen § 235 Rn. 5.

<sup>355</sup> Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 239 Rn. 1.

termins, weshalb der Erörterungs- und Abstimmungstermin nicht vor dem Prüfungstermin stattfinden darf (§ 236 S. 1 InsO). Alle drei Termine können in der entsprechenden Reihenfolge an einem Tag abgehalten werden.

Auf § 77 Abs. 1 S. 2 InsO, wonach nachrangige Insolvenzforderungen nicht stimmberechtigt sind, verweist § 237 InsO nicht. Das bedeutet jedoch nicht, dass nachrangige Insolvenzforderungen im Planverfahren stets stimmberechtigt sein sollen. Die Norm ist eher als Redaktionsversehen zu verstehen.<sup>356</sup> Denn nur wenn nach § 222 Abs. 1 Nr. 3 InsO Gruppen für nachrangige Insolvenzforderungen gebildet werden (§ 225 InsO), hat das Insolvenzgericht die Gläubiger auch besonders zur Anmeldung nachrangiger Insolvenzforderungen aufzufordern (§ 174 Abs. 3 InsO), mit der Folge, dass die nachrangigen Forderungen in einem vorherigen Prüfungstermin geprüft werden müssen.

## II. Stimmrechte für bestrittene Insolvenzforderungen

Sind Forderungen vom Insolvenzverwalter oder von einem stimmberechtigten Gläubiger bestritten worden, wäre es ein unangemessener Eingriff in (wenn auch bestrittene) Gläubigerrechte, würden diese stets bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in einem Feststellungsprozess (§§ 179, 180, 183 InsO) vom Stimmrecht in den Gläubigerversammlungen ausgeschlossen werden. Denn nach § 254 InsO treten mit der Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans die im gestaltenden Teil festgelegten Wirkungen für und gegen alle Beteiligten ein, also auch für Gläubiger mit bestrittenen Forderungen. Diese Gläubiger wollen zwar am Verfahren teilnehmen und es mitgestalten, könnten aber mangels Stimmrecht keinen Einfluss nehmen und müssten sich den Regelungen unterwerfen, die andere für sie treffen.

Deshalb gewährt § 77 Abs. 2 InsO, der über § 237 InsO Anwendung findet, bestrittenen Forderungen ein Stimmrecht, soweit sich in der Gläubigerversammlung der Insolvenzverwalter und die erschienenen stimmberechtigten Gläubiger über das Stimmrecht geeinigt haben (Einigungsverfahren) oder hilfsweise das Insolvenzgericht eine Entscheidung über das Stimmrecht getroffen hat (Stimmrechtsfestsetzung). Die Zulassung des Stimmrechts hat keinerlei Auswirkung auf die Frage des Bestehens der Forderung selbst.<sup>357</sup> Soweit massenhaft Insolvenzforderungen betroffen sind, gelangt die InsO jedoch an ihre Grenzen.

356 Nerlich/Römermann-InsO/Braun § 237 Rn. 33; Uhlenbruck-InsO/Streit/Lüer § 237 Rn. 4.

357 BT-Drs. 12/2443, 133, „Die materielle Berechtigung des Gläubigers bleibt unberührt“; Nerlich/Römermann-InsO/Delhaes § 77 Rn. 8; MüKoInsO/Ehricke § 77 Rn. 34.

## 1. Das Einigungsverfahren

Wurde eine Forderung bestritten, ist zunächst ein Einigungsverfahren durchzuführen. Der Vorrang ergibt sich aus dem Wortlaut des § 77 Abs. 2 S. 2 InsO („Kommt es nicht zu einer Einigung...“). In der Regel wird ein Stimmrecht in der Höhe der Forderung gewährt, die die anderen stimmberechtigten Gläubiger bzw. der Insolvenzverwalter als zutreffend erachten. Eine von den stimmberechtigten Gläubigern und dem Insolvenzverwalter erzielte Einigung über das Stimmrecht ist für das Insolvenzgericht bindend, da es die Einigung über die Stimmrechte nur leitet.<sup>358</sup>

Das vorrangige Einigungsverfahren kann seinen Sinn und Zweck jedoch in den Fällen nicht erfüllen, in denen nahezu sämtliche Forderungen bestritten sind. Auch hat die Praxis gezeigt, dass eine Einigung bei einer hohen Teilnehmerzahl von vornherein ausgeschlossen erscheint.<sup>359</sup> Ungeachtet dessen bedeutet Einigung im Sinne der Vorschrift, dass nicht nur mit dem Insolvenzverwalter ein Konsens erzielt wird, sondern es darf auch von keinem anderen *stimmberechtigten* Gläubiger eine Gegenstimme gegen die Gewährung des Stimmrechts erhoben werden, da nach der Entscheidung des Gesetzgebers nur stimmberechtigte Gläubiger Einfluss auf Stimmrechtsentscheidungen haben sollen. Über das Stimmrecht für die anderen Gläubiger bestrittener Forderungen wollen sich die Gläubiger jedoch gerade einigen. Ihre Einwendungen wären also nach dem Wortsinn unerheblich, was mit Blick auf die Gewährung ausreichender Verfahrensrechte im Planverfahren durchaus fraglich wäre. Im Vergleich zum Prüfungstermin, in dem jeder Insolvenzgläubiger widerspruchsbefugt ist (§ 176 S. 2 InsO, wonach ausdrücklich nur vom Insolvenzgläubiger gesprochen wird), also insbesondere unabhängig davon, ob der eigenen Forderung widersprochen wurde oder diese überhaupt (schon) angemeldet wurde<sup>360</sup>, werden im Verfahren der Stimmrechtseinigung die Rechte der Gläubiger wohl unzureichend geschützt. Unter Berücksichtigung der Regelungen für den Prüfungstermin und mit Blick auf den klaren Wortlaut des §§ 77 Abs. 2 S. 1 InsO verbietet sich wohl eine extensive Auslegung.

Unabhängig davon ist zu beachten, dass eine Stimmrechtsentscheidung – wie auch ein Stimmrechtsverbot<sup>361</sup> – eine Vorentscheidung darstellen kann, speziell in Bezug auf die Bestätigung oder die Abweisung des Plans. Die Betei-

358 Nerlich/Römermann-InsO/Braun § 237 Rn. 11, wonach das Einigungsverfahren mit der Gewährung des Stimmrechts im Einigungsumfang beendet ist; vgl. auch Nerlich/Römermann-InsO/Delhaes § 77 Rn. 4.

359 AG Itzehoe, ZIP 2014, 1545.

360 Uhlenbruck-InsO/Sinz § 176 Rn. 25; Nerlich/Römermann-InsO/Becker § 176 Rn. 16; MüKoInsO/Riedel § 176 Rn. 21; a. A.: FK-InsO/Kießner § 176 Rn. 8; Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 546, Rn. 27.

361 AG Itzehoe ZIP 2014, 1545.

ligten, insbesondere das Gericht, müssen sich über diese Problematik bei der Würdigung der Stimmrechte im Klaren sein. Ungeklärte Stimmrechte sind bei einer hohen Anzahl von Gläubigern im Termin für die Beteiligten auch immer aus organisatorischen Gründen eine schwer lösbare Aufgabe.<sup>362</sup> Ungeachtet dieser organisatorischen Herausforderung, die im digitalen Zeitalter ggfs. mithilfe elektronischer Hilfsmittel bewältigt werden könnte, stößt das Einigungsverfahren an seine Grenzen.

Das Problem kann auch nicht dadurch gelöst werden, dass das Verfahren der Ladung zum Erörterungs- und Abstimmungstermin durch den Insolvenzverwalter genutzt wird. Grundsätzlich ist die Ladung in Verfahren mit vielen Gläubigern sehr zeit- und kostenaufwändig und schmälert nicht unerheblich die Masse.<sup>363</sup> Von dieser Vorschrift kann aber nicht abgewichen werden, jedoch kann diese dem Gericht obliegende Aufgabe auf den Insolvenzverwalter übertragen werden, da es sich bei der Ladung um eine Zustellung im Sinne des § 8 Abs. 3 InsO handelt. In der Praxis wird davon auch häufig Gebrauch gemacht. Dieses praktische Prozedere der Übertragung der Zustellung auf den Insolvenzverwalter kann zwar der Insolvenzverwalter nach Absprache mit dem Insolvenzgericht nutzen, um die Gläubiger über den Umgang der Stimmrechte der bestrittenen Forderungen im anstehenden Erörterungs- und Abstimmungstermin zu unterrichten. Die Gläubiger hätten so jedenfalls ausreichend Gelegenheit, sich mit der Problematik der Stimmrechte auseinanderzusetzen, jedoch löst es die zuvor erläuterten praktischen Probleme der im Erörterungstermin durchzuführenden Einigung unter den Gläubigern der bestrittenen Forderungen nicht.

Eine kollektive Einigung sieht das Gesetz eben nicht vor, weshalb das Einigungsverfahren bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen nicht nur als unpraktisch, sondern vielmehr als unanwendbar betrachtet werden muss. Die Lösung ist daher allein in der Möglichkeit zu suchen, das Stimmrecht verbindlich und einheitlich über das Insolvenzgericht festlegen zu lassen (§ 77 Abs. 2 S. 2 InsO).

## 2. Die gerichtliche Stimmrechtsentscheidung

Nach § 77 Abs. 2 S. 2 InsO besteht die Möglichkeit, das Stimmrecht über das Insolvenzgericht festlegen zu lassen. Dieses eher unscheinbare aber in seiner

362 Öffentliche Gläubigerinformation des Insolvenzverwalters im Verfahren Phoenix vom 6.10.2005, abgerufen unter [www.schubra.de](http://www.schubra.de) am 27.3.2015; Im Berichtstermin erschienen etwa 600 Gläubiger.

363 Zuschlagsfaktor 750 % (!!) bei 160.000 Gläubigern, siehe AG Göttingen ZInsO 2009, 688 (688).

Wirkung sehr weitgehende insolvenzrechtliche Mittel soll nachfolgend erläutert werden.

### a) Zuständigkeit, Kontrolle

Für in 2013 eröffnete Verfahren ist für die Entscheidung der Richter selbst zuständig (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 RPflG, Art. 103g S. 2 EGInsO). Danach bleibt dem Richter das Verfahren über einen Insolvenzplan nach den §§ 217 bis 256 InsO und den §§ 258 bis 269 InsO vorbehalten. Zuvor traf noch der Rechtspfleger die Entscheidung, die der Richter gemäß § 18 Abs. 3 S. 2 RPflG a. F. auf Antrag überprüfen konnte (§ 77 Abs. 2 S. 3 InsO). So konnte bei einer fehlerhaften Stimmrechtsfestsetzung und soweit die Stimmrechtsfestsetzung Einfluss auf das Ergebnis zeitigte, die Abstimmung wiederholt werden. Die Stimmrechtsentscheidung des Richters ist, da die §§ 237, 77 InsO selbst kein Rechtsmittel vorsehen, wegen § 6 Abs. 1 S. 1 InsO nicht angreifbar, weshalb die gerichtliche Entscheidung das Festsetzungsverfahren endgültig beendet und somit alle bindet.

Ob die Ordnungsgemäßheit der Stimmrechtsfestsetzung anschließend im Bestätigungsverfahren (§ 250 InsO) überprüft werden kann, ist streitig.<sup>364</sup> Da nach gefestigter Rechtsprechung *eine* richterliche Entscheidung ausreichend ist und eine verfassungskonforme Entscheidung des Gesetzgebers darstellt, gerade keinen Instanzenzug zu gewähren<sup>365</sup>, dürfte ein Überprüfungsrecht wohl abzulehnen sein. Auch weil das ESUG das Verfahren beschleunigen wollte, erscheint es sachgerecht, dass im Bestätigungsverfahren und bei der sofortigen Beschwerde weiterhin Stimmrechtsrügen unbeachtlich sind.<sup>366</sup>

### b) Maßstäbe und Kriterien der Entscheidung

In der Praxis finden nur in Ausnahmefällen Stimmrechtsfeststellungen in der Gläubigerversammlung statt.<sup>367</sup> Details über Maßstab und Modalitäten der Festsetzung können dem Gesetz nicht entnommen werden. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass der Richter hinsichtlich der Kriterien, von denen er sich bei der Stimmrechtsfestsetzung leiten lässt, im Rahmen seines billigen, pflicht-

364 Zustimmend: Hmb-Komm-InsO/*Thies* Vor. § 250 Rn. 5; wohl auch Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, S. 237, Rn. 13, 59(a); ablehnend: BGH ZIP 2011, 781; NZI 2009, 106; ZIP 2008, 2428; Braun-InsO/*Braun/Frank* § 250 Rn. 4; MüKoInsO/*Sinz* § 250 Rn. 31.

365 Ständige Rechtsprechung: BVerfGE 54, 277 (291), BVerfG NJW 1981, 39; BVerfGE 107, 395 (402), BVerfG NJW 2003, 1924; BVerfGE 112, 185, BVerfG NJW 2005, 1999.

366 Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 127, Rn. 436.

367 Braun-InsO/*Braun/Herzig* § 77 Rn. 13.



gemäßen Ermessens frei ist.<sup>368</sup> Grundlage der Entscheidung ist die bestrittene Forderung, wobei die Tabelle und die darin enthaltenen Prüfvermerke zwar die gerichtliche Entscheidung wohl immer beeinflussen, sie aber nicht ersetzen können, weshalb die Stimmrechtsfeststellung auch vom Tabellenstand der Prüfung der Forderungen abweichen kann.<sup>369</sup> Das Gericht hat die jeweilige Forderung kursorisch zu prüfen, wobei es alle Faktoren für und gegen das Bestehen der Forderung und deren Höhe gegenüberstellen sollte. Soweit die Forderungen „vorläufig“ und nicht endgültig bestritten wurden, wird das Gericht eher geneigt sein, das Stimmrecht jedenfalls teilweise zu gewähren und nicht vollständig zu versagen. Dennoch können auch die Besonderheiten des Planverfahrens zu beachten sein, da es bei der Gewährung des Stimmrechts allein um Zwecke der Abstimmung über den Plan geht. Die Sonderbestimmungen der §§ 237 ff. InsO und deren Rechtsgedanken dürften bei der Stimmrechtsfestsetzung im Planverfahren zu beachten sein. So dürfte auch die Kontrollfrage Relevanz entfalten, inwieweit die Rechte der Gläubiger durch den Plan beeinflusst werden (hier sind sie sogar der Grund der Planregelung!). Bei der Feststellung des Stimmrechts in Gläubigerversammlungen kommt es hingegen auf die vorgenannte Frage selten an.

### c) Ansätze bei massenhaft streitigen Forderungen

Rechtsgrundlage für einen einseitigen Eingriff in das Gläubigermitbestimmungsrecht ist § 77 InsO. Bei massenhaft streitigen Forderungen ist es wohl noch vom Tatbestand der Norm und insbesondere vom Ermessensspielraum des Gerichts umfasst, nicht das Stimmrecht eines Gläubigers einer einzelnen Forderung zu bestimmen, sondern allgemeine Maßstäbe für die Bestimmung der Stimmrechte für eine Forderungsgruppe festzulegen und zwar im Wege der Schätzung. Es kann schlicht und ergreifend nicht darauf ankommen, ob der Insolvenzrichter tausende Stimmrechte einzeln festlegt und anschließend einzeln (mit denselben! Erwägungen) begründet oder Maßstäbe entwickelt, auf denen sämtliche Entscheidungen fußen. Eine Stimmrechtschätzung ist der InsO auch nicht fremd. So sind die Stimmrechte absonderungsberechtigter Gläubiger gemäß § 237 Abs. 1 S. 2 InsO nach Maßgabe des mutmaßlichen Ausfalls festzusetzen, weil die genaue Ermittlung des Werts eines Absonderungsrechts und der Höhe der Ausfallforderung im Einzelfall Schwierigkeiten verursachen kann.<sup>370</sup> Der mutmaßliche Ausfall kann nur geschätzt werden.

368 BVerfG ZInsO 2004, 1027; MüKoInsO/Ehrlicke § 77 Rn. 15.

369 Nerlich/Römermann-InsO/Braun § 237 Rn. 15 (weil sich bspw. der Erkenntnishorizont geändert hat).

370 Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 237 Rn. 3.

Dabei ist natürlich zu beachten, dass gerade bei Gläubigerversammlungen in kontroversen Großverfahren, in denen entscheidende Weichen für den weiteren Verlauf des Insolvenzverfahrens gestellt werden – siehe die Gläubigerversammlung des Windparkbetreibers Prokon<sup>371</sup> – eine gerichtliche Stimmrechtsfeststellung oder gar ein Stimmrechtsverbot eines nennenswerten Anteils oder gar aller Gläubiger erheblichen Einfluss auf Ablauf und Ergebnis des Insolvenzverfahrens zeitigt. Dem zu lösenden Verteilungsproblem geschuldet ist es leider nicht möglich, die Terminierung der Abstimmung über den Insolvenzplan erst nach dem Verstreichen der Feststellungsklagefrist aus §§ 179 ff. InsO zu legen (der Plan soll die Verteilung gerade regeln), um zumindest klären zu können, welche Gläubiger streitige Forderungen überhaupt weiterverfolgen wollen.<sup>372</sup>

Aus organisatorischen Gründen bietet es sich besser an, den Parteien Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zu geben und getrennte Erörterungs- und Abstimmungstermine anzuberaumen. Für die gerichtliche Stimmrechtsentscheidung gewinnt das Gericht so Zeit, komplexe Rechtsprobleme angemessen zu würdigen und eigene Maßstäbe und Kriterien der Entscheidung über die Stimmrechte bei der Ausübung des richterlichen pflichtgemäßen Ermessens zu entwickeln. Denkbar ist natürlich auch, dass der Insolvenzrichter sich bei einer solch komplexen Betrachtung durch Beauftragung eines Sachverständigen unterstützen lässt. Das Insolvenzgericht ist weder ausdrücklich dazu verpflichtet, ein Sachverständigengutachten einzuholen, noch ist es *contra legem* und könnte in der Praxis auch zur Vermeidung einer Haftung angemessen und erforderlich sein und fördert die Bereitschaft der Gläubiger, die gerichtliche Stimmrechtsentscheidung nicht nur hinzunehmen, sondern als richtig anzuerkennen.

### d) Unterstützung durch den Insolvenzverwalter

In Großverfahren übernimmt der Insolvenzverwalter nicht nur bei der Erörterung des Insolvenzplans eine besondere mediative Rolle, sondern ist regelmäßig auch die zentrale Figur des Geschehens – häufig gar der Planarchitekt. Das bietet sich auch deshalb an, da der Insolvenzverwalter Anlauf-, Schnittstelle und Koordinator für Gläubigerausschuss, Gläubiger und Gericht ist. Er ist in der Lage, sich den umfassendsten Überblick über sämtliche Probleme und Geschehnisse zu verschaffen. Wenn also, wie im Verfahren Phoenix auch, der Insolvenzverwalter in Abstimmung mit den Gläubigern einen Insolvenzplan vorlegt, hat der Insolvenzverwalter insbesondere darauf zu achten, die Probleme rund um die Bestimmung der Gläubigerforderungen zu erläutern und kenntlich zu machen, aus welchen Gründen die jeweiligen Forderungen

371 AG Itzehoe ZIP 2014, 1545.

372 So die Idee von Frind NZI 2007, 374 (375).

zweifelhaft sein könnten. Insbesondere sollte er die rechtlichen Erwägungen hierzu offen legen. Dabei wird es sich wohl anbieten, die Vielzahl der Gläubiger sachgerecht (ggfs. in Gläubigergruppen – Höhe der angemeldeten Forderungen, Rechtsgrund, etc.) abzugrenzen.

### 3. Vergleichbares Modell nach US amerikanischem Recht: **Rule 3018 of the Federal Rules of Bankruptcy Procedure**

Der Vergleich des US-amerikanischen und des deutschen Insolvenzrechts zeigt, dass zentrale Regelungsstrukturen große Ähnlichkeit aufweisen, dass aber auch bedeutende Unterschiede bestehen. Das US-amerikanische Insolvenzrecht ist im 11. Titel des United States Code (U.S.C.), dort im Bankruptcy Code, kodifiziert. Der Bankruptcy Code gliedert sich in neun Kapitel (Chapter) und ist nicht fortlaufend nummeriert. Das US-amerikanische Insolvenzrecht kennt die Abwicklung bzw. Liquidation eines Unternehmens (Chapter 7) sowie die Reorganisation bzw. Neuaufstellung eines Unternehmens (Chapter 11). Wurde die Insolvenz durch den Schuldner selbst (voluntary petition, 11 U.S.C. § 301) oder von einem oder mehreren Gläubigern (involuntary petition, 11 U.S.C. § 303) beantragt, müssen Gläubiger dort wie hier ihre Forderungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt anmelden (11 U.S.C. § 501). Mit der gerichtlichen Eröffnung des Reorganisationsverfahrens nach Chapter 11 ist die Eröffnung des getrennt geregelten Liquidationsverfahrens nach Chapter 7 gesperrt, jedoch bleibt ein beiderseitiger Wechsel in die jeweils andere Verfahrensart möglich.<sup>373</sup> Die Durchführung eines Liquidationsplans gemäß 11 U.S.C. § 1123(b)(4)<sup>374</sup> ist aber möglich.<sup>375</sup>

Im Reorganisationsverfahren nimmt die Abstimmung über einen Insolvenzplan eine bedeutende Rolle ein und ist eine der effektivsten Befugnisse eines Gläubigers.<sup>376</sup> Der aufgestellte Reorganisationsplan bedarf nämlich auch dort der Annahme durch die Gläubiger sowie der Genehmigung durch das Insolvenzgericht. Für ein erfolgreiches Reorganisationsverfahren muss der Plan durch eine zwei Drittel Kopf- und Summenmehrheit in jeder Gruppe bestätigt werden. Je größer die Forderung, desto größer ist also der Einfluss auf die Bestätigung. Einwände gegen Forderungen können durch die Gläubiger vor oder nach der Bestätigung des Plans geltend gemacht werden. Sofern sie

373 Heese, GL-Info im IV, 2008, S. 216.

374 11 U.S.C. § 1123 (b) Subject to subsection (a) of this section, *a plan may ... provide for the sale of all or substantially all of the property of the estate*, and the distribution of the proceeds of such sale among holders of claims or interests.

375 Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 435; siehe auch § 11 U.S.C. § 1129(a)(11) „... unless such liquidation or reorganization is proposed in the plan.“

376 Shulman, MetroCorpCounsel, 2012.

vor der Abstimmung geltend gemacht werden, hat der jeweilige Gläubiger der zu bestreitenden Forderung kein Stimmrecht, es sei denn, er trifft eine Vereinbarung mit dem Bestreitenden oder es ergeht eine gerichtliche Entscheidung. Insbesondere von der zeitlich unbeschränkten Möglichkeit des Bestreitens einer Forderung abgesehen, besteht insoweit keine gravierende Abweichung zum deutschen Recht. Das amerikanische Insolvenzrecht kennt jedoch kein Einigungsverfahren im Abstimmungsverfahren über einen Insolvenzplan. Dort entscheidet gleich der Insolvenzrichter. Sobald ein Insolvenzschuldner strategisch eine Forderung kurz vor der Abstimmung bestreitet oder eine ganze Forderungsgruppe bestreitet, ist nur wenig Zeit für eine streitige außerinsolvenzgerichtliche Entscheidung. Deshalb kann das Insolvenzgericht nach der Rule 3018<sup>377</sup> eine bestrittene Forderung schätzen, damit diese vorübergehend bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan teilnehmen kann.

Schätzen bedeutet den Vermögenswert oder die Bedeutung einer Forderung vorläufig zu bestimmen. Dabei wird das Insolvenzgericht regelmäßig auch den Zeitpunkt des Bestreitens bei der Bestimmung der Forderung für den Abstimmungsprozess berücksichtigen. Das Gericht kann also, unbeschadet von Einwendungen gegen die Forderung, die Forderung mit einem Betrag schätzen, den das Gericht für angemessen erachtet, damit der Gläubiger über den Plan abstimmen kann. Ansonsten würden den Gläubigern bestrittener Forderungen aufgrund der gewöhnlichen Dauer einer formalen Feststellung nach Anhörung faktisch ihre Mitwirkungsrechte – zumindest zu einem wesentlichen Teil – genommen.

#### 4. Kritikpunkt – Mögliche Überforderung der deutschen Insolvenzgerichte

Es hat sich gezeigt, dass die Wirkungen der richterlichen Entscheidungsmacht jedenfalls im Einzelfall tiefgreifender und einflussreicher sind, als die Vorschriften der InsO – bspw. § 77 Abs. 2 S. 2 InsO – auf den ersten Blick vermuten lassen. Der Einfluss und die Verantwortung insbesondere der Insolvenzrichter durch jüngst verlagerte Zuständigkeitsregelungen<sup>378</sup> im Planverfahren steigen, weshalb an dieser Stelle auch die Rolle der Insolvenzgerichte und der Insolvenzrichter näher beleuchtet werden soll.

---

377 Die Bankruptcy Rules beinhalten verfahrensrechtliche Bestimmungen, die vom Supreme Court erlassen werden. Die Ermächtigungsgrundlage findet sich in 28 U.S.C., Section 2075: „The supreme court shall have the power to prescribe by general rules, the forms of process, writs, pleadings, and motions, and the practice and procedure in cases under title 11. ...”

378 § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPflG i. V.m. Art. 103 g S. 2 EGInsO.

### a) Sachkunde der Insolvenzrichter

Insolvenzrecht ist weit mehr als es das Spezialgesetz – die InsO – vermuten lässt, sondern ist vielmehr fachübergreifendes Recht und vereint sämtliche unternehmensrechtlich relevanten Materien. Das mittlerweile besonders ökonomisch ausgerichtete Insolvenzrecht erfordert darüber hinaus ein besonderes Verständnis für betriebswirtschaftliche Zusammenhänge. Es wurden daher Rufe laut, dass die den insolvenzrechtlichen Abteilungen vorsitzenden Einzelrichter in Insolvenzsachen über (mehr) belegbare Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens verfügen sollen. In diesem Zusammenhang wurde § 22 Abs. 6 S. 2 GVG im Rahmen des ESUG eingefügt, der diesen Wunsch Gesetz werden ließ. Dadurch sollten Insolvenzsachen effizienter bearbeitet werden, indem die mit den Insolvenzverfahren befassten Richter und Rechtspfleger eine besondere Sachkunde und Erfahrung vorweisen müssen.

An dieser Stelle sei aber auch auf einen besonderen Umstand hingewiesen und eine Lanze für alle Insolvenzrichter zu brechen. Denn gerade bei einer Ausweitung richterlicher Kompetenzen stellen sich automatisch Fragen nach einer etwaigen Haftungserweiterung (des betroffenen Bundeslandes für sein jeweils betroffenes Gericht) unter Amtshaftungsaspekten, soweit – wie hier – das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB nicht greift, da die Entscheidungen im Insolvenzverfahren keine Urteile oder urteilsvertretende Entscheidungen darstellen.<sup>379</sup> Abhilfe schaffen, wie in der Praxis wohl auch umgesetzt, nur besondere Berufshaftpflichtversicherungen für Insolvenzrichter, deren Kosten, soweit bekannt, jedoch durch die Insolvenzrichter selbst zu tragen sind.

### b) Zuständigkeit der Insolvenzgerichte

Nach der gesetzlichen Regelung werden Insolvenzverfahren ausschließlich am Amtsgericht betreut, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat (§ 2 Abs. 1 InsO). Das insolvenzrechtliche Verfahren ist somit keinem eigenständigen Gerichtszweig zuzuordnen, sondern ist eine mit einem Einzelrichter besetzte Abteilung des Amtsgerichtes, die nach dem Geschäftsverteilungsplan für Insolvenzverfahren zuständig ist. Während noch zu Zeiten der Konkursordnung alle Amtsgerichte Konkursgerichte (§ 71 KO) waren, ist die Zusammenlegung nunmehr der gesetzliche Regelfall, wodurch eine gewisse Konzentrationswirkung erreicht werden sollte, durch die der Gesetzgeber den Anforderungen entsprechen wollte, dass die Betreuung von Unternehmensinsolvenzen auch von richterlicher Seite fundierte Kenntnisse in den einschlä-

<sup>379</sup> BGH NJW-RR 1992, 919; bereits für das Konkursverfahren BGH NJW 1959, 1085.

gigen Rechtsmaterien erfordert.<sup>380</sup> Für den Fall, dass mehrere Amtsgerichte in einem Landgerichtsbezirk liegen, ist nur dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk das Landgericht seinen Sitz hat. In Mecklenburg-Vorpommern sind von den derzeit 17 Amtsgerichten insgesamt vier Insolvenzgerichte, jeweils am Ort der vier Landgerichte. Jedoch können die Landesregierungen im Verordnungswege diese Konzentration modifizieren und andere oder zusätzliche Amtsgerichte zu Insolvenzgerichten bestimmen (§ 2 Abs. 2 InsO). Von dieser Ermächtigung haben die anderen Länder auch zum Teil Gebrauch gemacht, wodurch das gesetzgeberische Ziel aufgeweicht wird. So gibt es derzeit bei 116 Landgerichtsbezirken in Deutschland insgesamt 191 Insolvenzgerichte.<sup>381</sup> Was nützt also ein noch so gut ausgebildeter Insolvenzrichter, wenn er nur sporadisch mit Insolvenzsachen bzw. Unternehmensinsolvenzen und Planverfahren befasst ist?

Im Vorfeld der ESUG Reform waren deshalb auf die Änderung des § 22 Abs. 6 GVG aufbauende und zugleich weitergehende Rufe zu hören, die Zuständigkeit für Unternehmensinsolvenzen bei großen, spezialisierten Gerichtseinheiten besser auszunutzen und mehr zu konzentrieren, bspw. in den jeweiligen Bundesländern bei großen, spezialisierten Gerichtseinheiten, wodurch eine dauerhafte Bearbeitung durch spezialisierte Richter und Rechtspfleger sichergestellt wäre.<sup>382</sup> Dem kam der Regierungsentwurf des ESUG insoweit nach, als das § 2 Abs. 2 InsO eine einschränkende Modifizierung der Länderermächtigung vorsah, in der Folge die Zuständigkeit in Insolvenzsachen auf höchstens ein Insolvenzgericht je Landgerichtsbezirk zu konzentrieren gewesen wäre. Diejenigen Bundesländer, in denen schon jetzt die Zahl der Insolvenzgerichte die Zahl der Landgerichte nicht übersteigt, hätten nach der Neuregelung ihre zugewiesenen Zuständigkeiten beibehalten können. Die übrigen Länder hätten wählen müssen, auf welches der bestehenden Insolvenzgerichte im Landgerichtsbezirk sie künftig die Zuständigkeit für Insolvenzverfahren konzentrieren oder ob sie sogar eine noch stärkere Konzentration vornehmen möchten. Dadurch sollte sichergestellt werden, dass Richter und Rechtspfleger an den Insolvenzgerichten ihre Fähigkeiten durch wiederholte Betreuung von Insolvenzverfahren ausbauen sowie besondere Erfahrung und Sachkunde in Insolvenzsachen erwerben. Mit der letztendlich Gesetz gewordenen Fassung ist der Gesetzgeber deutlich hinter den Forderungen zurückgeblieben, doch ist die Gewährung eines gewissen Ausbildungs- und Erfahrungsniveaus (§ 22 Abs. 6 GVG) zumindest ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung.<sup>383</sup>

---

380 Uhlenbruck ZInsO, 1129 (1130); Rostocker Schrift zum Bankrecht, 2013, *Bornemann*, S. 14.

381 BT-Drs. 17/5712, 22.

382 Frind/Haarmeyer/Heyrath/Schmerbach/Schmidt ZInsO 2005, 982 (982).

383 Rostocker Schrift zum Bankrecht, 2013, *Bornemann*, S. 16.

## D. Ergebnis

Die Hürde der Bestimmung von Stimmrechten im Planverfahren kann überwunden werden, so dass das Planverfahren das Vehikel für zulässige kollektive Gestaltungen sein kann, auch wenn die Vielzahl der Gläubigeransprüche streitig ist. Bei massenhaft streitigen Forderungen sind Insolvenzrichter aufgefordert und dazu berufen, mit Hilfe der gerichtlichen Stimmrechtsentscheidung geeignete Kriterien für die Bestimmung der Stimmrechte zu finden, um so die Mitwirkungsbefugnis aller betroffenen Gläubiger zu gewährleisten.



# Kapitel 7: Gestaltungsversuche über Options- und Verteilungspläne: Die zulässige „Bestimmung“ von Gläubigerforderungen für Sanierungs- und Verteilungszwecke

## A. Vorüberlegungen: Das „Phoenix-Erbe“

Das Planverfahren soll von der Idee her eine Möglichkeit für einen „maßgeschneiderten Ausweg“<sup>384</sup> bei problematischen Insolvenzverfahren bereithalten. Jedes marktkonforme Verfahren hat sich dabei nach den Vorstellungen unseres Gesetzgebers an den Vermögensinteressen der Geldgeber des Schuldners auszurichten.<sup>385</sup> Doch bei der Suche nach alternativen Plangestaltungen im Lichte der BGH Rechtsprechung scheint es wenig Hoffnung zu geben, obwohl die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger im Verfahren Phoenix doch gerade für die vorgeschlagene Lösung gewonnen werden konnte. Doch all das soll nicht entmutigen. Die Grundlagen alternativer Plangestaltungen sind bereits geschaffen. Für die Beantwortung der Frage, was planrechtlich möglich ist und wo die Suche zu beginnen hat, empfiehlt sich noch einmal ein kurzer Blick zurück auf die Regelungsmacht der Gläubiger und die genaue Definition des Planziels unter besonderer Berücksichtigung der konkreten Herausforderung, nämlich Bindung und Schutz der Gläubiger gleichermaßen.

## I. Wirkungskreis und Beteiligung der Gläubiger

Was unserem Insolvenzrecht immer noch fehlt, ist nach den vorherigen Kapiteln deutlich geworden – jedoch auch die Grenzen der privatautonomen Gestaltungsmacht. Und dennoch. Ein zeitgemäßes Insolvenzrecht braucht einen Verfahrensweg, der es den Verfahrensbeteiligten rechtssicher, kurzfristig und insbesondere unter Bindung aller Gläubiger ermöglicht, eine Vielzahl streitiger Forderungen im Wege einer mehrheitlichen Unterstützung durch die Gläubiger gerichtlich für alle „bestimmbar“ zu machen. Bestimmbar meint handelbar und klammert die Möglichkeit aus, das Anmelde- und Feststellungsverfahren zu modifizieren. Die Entscheidung hierüber liegt – wie gesehen<sup>386</sup> – außerhalb des Wirkungskreises der Gläubigerversammlung als Organ der Gläubigergemeinschaft. Der Einfluss ist auf das gemeinschaftliche Verwertungsrecht der

384 Frind NZI 2007, 374 (374).

385 BT-Drs. 12/2443, 77.

386 Siehe oben Kapitel 2 (C. III. 2.).

Insolvenzmasse begrenzt. Die im Planverfahren in Gruppen abstimmenden Gläubiger sind hingegen gesetzlich zu anderen und vor allem weitergehenden Eingriffen legitimiert (§ 217 InsO) – insbesondere bestehen Regelungskompetenzen in Bezug auf die Bestimmung einer Zielverschuldung, respektive eines Schuldenschnittes, und natürlich auf Verteilungsregeln jeglicher Art. Gerade wenn einzelvertragliche Lösungen aufgrund des komplexen Sachverhaltes oder zumindest aufgrund einer hohen Gläubigeranzahl zu unkalkulierbaren Ergebnissen, einem erheblichen Arbeitsaufwand und/oder einer langen Verfahrensdauer führen würden, muss die Lösung in einem Planverfahren gesucht aber auch gefunden werden, weil eine wesentliche Bedeutung die Bindung sämtlicher Beteiligter hat. Über die gerichtliche Stimmrechtsentscheidung konnte bereits eine wichtige Voraussetzung geschaffen werden, nämlich dass auch Gläubiger mit bestrittenen Forderungen am Planverfahren beteiligt werden können.

## II. Die Herausforderung: Bindung und Schutz der Gläubiger

Die Suche nach einer inhaltlich zulässigen Planlösung beginnt bei den Grundlagen des zuvor analysierten Judikats des BGH.<sup>387</sup> Eine Regelung im Insolvenzplan darf nicht in das Anmeldeverfahren der §§ 174 ff. InsO eingreifen. Mit Blick auf die Entscheidungsgründe müssen bei einer Planlösung letztendlich drei Mindestkriterien beachtet werden.

Die Gläubiger dürfen erstens nicht durch Mehrheitsbeschluss bestimmen, in welchem Umfang die angemeldeten Forderungen in die Insolvenztabelle aufgenommen werden. Ein Gläubiger muss zweitens darüber hinaus autonom bestimmen (lassen) können, welchen Wert sein Teilhaberecht im Streitfalle hat bzw. in welcher Höhe es besteht. Und drittens muss auch im Planverfahren die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG in der insolvenzrechtlichen Ausprägung gewährleistet sein. Das bedeutet, dass nicht nur dem einzelnen Gläubiger verfahrensrechtlich die Möglichkeit gegeben sein muss, im Streitfalle seine Forderung gerichtlich feststellen lassen zu können. Sondern spiegelbildlich dazu muss allen Gläubigern wie auch dem Schuldner verfahrensrechtlich die Möglichkeit gegeben werden, den Bestand einer angemeldeten Forderung eines (anderen) Gläubigers gerichtlich überprüfen zu lassen.

Dabei ist zu beachten, dass mithilfe eines Insolvenzplans natürlich auf Insolvenzforderungen zugegriffen werden kann, diese auch modifiziert werden können, was regelmäßig gar der Kern der Planregelung ist (jedenfalls bei Sanierungsplänen) und über eine Kürzung der Forderung oder einen Verzicht umgesetzt wird (§ 224 InsO). Davon abzugrenzen ist aber die nicht im Plan

---

387 BGH ZInsO 2009, 478.

regelbare Frage des anfänglichen Forderungswertes eines Gläubigers. In diese Rechte darf jedenfalls nicht mithilfe einer Planregelung, weder unmittelbar noch mittelbar eingegriffen werden. Diese Wertung des Gesetzes muss akzeptiert werden. Es obliegt allein dem Gesetzgeber, diesen Zustand zu ändern.

Alternative Gestaltungswege wurden bislang nicht vorgestellt oder zur Diskussion gestellt, obwohl die negativen Auswirkungen – erläutert am Beispiel der Phoenix Insolvenz – ein praktisches Bedürfnis offenbaren. Bereits die dortigen Abstimmungsergebnisse veranschaulichen, dass der Plan praktikabel und wirtschaftlich sinnvoll war, mit der Konsequenz, dass die Entscheidung des BGH allein aus ökonomischen Effizienzgründen misslich ist. Rechtsdogmatisch ist die Entscheidung jedoch nicht zu beanstanden.

Die Suche nach einer Lösung, die von den Insolvenz- bzw. Beschwerdegerichten auch akzeptiert werden würde, geht über die Beantwortung der Frage, ob die unzulässige Plangestaltung im Verfahren Phoenix ein Mangel des gewählten Mediums „Insolvenzplan“ war. Die Antwort lautet nein. Die Unzulässigkeit ergibt sich allein im Hinblick auf den gewählten Regelungsgegenstand, weil Gläubiger nicht durch Mehrheitsbeschluss bestimmen dürfen, in welchem Umfang die angemeldeten Forderungen in die Insolvenztabelle aufgenommen werden. Das Ziel der Regelung, also auf den Punkt gebracht die „rechtssichere Vermögensverteilung“, war legitim und nicht zu beanstanden.

Ansatzpunkt der beiden hier vorgestellten Vorschläge einer Planlösung ist daher, den Regelungsgegenstand auszutauschen, um ein identisches Ziel zu erreichen – nämlich massenhaft streitige Insolvenzforderungen „bestimmbar“ zu machen, jedoch nicht zu Feststellungs-, sondern allein zu *Verteilungszwecken*. Jede Gestaltungsvariante hat sich dabei an den sonstigen gesetzlichen Vorgaben messen zu lassen. Hier wie sonst auch hat sich ein Insolvenzplan in einen darstellenden Teil (§ 220 InsO) und einen gestaltenden Teil (§ 221 InsO) zu gliedern und die in § 230 InsO genannten Anlagen zu enthalten. Diese Mindestanforderungen sollen ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit garantieren.<sup>388</sup> Gerade bei der Suche einer alternativen Gestaltungsvariante bei massenhaft streitigen Forderungen müssen an die Übersichtlichkeit und klare Struktur besonders hohe Anforderungen gestellt werden, weil schließlich „verunsicherte“ Gläubiger überzeugt und für eine Lösung gewonnen werden müssen.

---

388 Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 221 Rn. 1.

## B. Vorschlag 1: Der Optionsplan

Der erste Gestaltungsweg entfernt sich von der herkömmlichen Sichtweise und schaut nicht auf den Regelungsgegenstand, also die Bestimmung der einzelnen Forderungen über eine verbindliche Berechnungsmethode, sondern auf das Ziel des Insolvenzplans, nämlich in einem einheitlichen Verfahren eine Verteilung von Vermögenswerten rechtssicher und für alle verbindlich durchführen zu können, während im Übrigen das Insolvenzverfahren nach den Vorschriften der Regelinsolvenz abgewickelt wird.

### I. Idee und These: Handlungsoptionen auf Vergleichsangebote

Das Medium „Insolvenzplan“ und das Ziel „Verteilung“ sind legitim, nur der Regelungsgegenstand bzw. die Umsetzungsstrategie, also die im Insolvenzplan nicht regelbare Materie der Forderungsfeststellung, erfordert eine Korrektur und soll deshalb vom gestaltenden Teil des Insolvenzplans ausgeklammert und in ein Vergleichsangebot integriert werden.

Das hat zur Folge, dass das Vergleichsangebot von jedem einzelnen Gläubigern mitgetragen oder abgelehnt werden kann und somit nicht verbindlich aufgezwungen wird. Die Gläubiger bestimmen nicht durch Mehrheitsbeschluss, in welchem Umfang die angemeldeten Forderungen in die Insolvenztabelle aufgenommen werden. Die Idee ist vergleichbar mit einer ergänzenden Planregelung, die zulasten eines nicht oder zumindest nicht in jeglicher Hinsicht zwangsweise Planunterworfenen wirken soll und nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung Wirksamkeit entfalten kann. Eine solche Erklärung kann im Vorfeld des Planverfahrens abgegeben werden und als Plananlage beigelegt werden (§ 230 InsO) oder jedenfalls noch nach der Abstimmung aber vor der Planbestätigung nachgereicht werden.<sup>389</sup> Insbesondere an die Idee von der nachträglich abgegebenen Willenserklärung wird angeknüpft. Der Insolvenzplan entfaltet die allgemeinen Wirkungen für und gegen alle Beteiligte nur für den Bereich der dispositiven Vorschriften und integriert im Übrigen die Grundprinzipien eines Vergleichs, der keine Wirkungen entfalten kann, sofern ihm nicht zugestimmt wird. Keinem Gläubiger wird eine durch das Kollektiv festgelegte Gläubigerposition zugewiesen. Das „Zepter“ bleibt in der Hand des betroffenen Gläubigers. Im Kern regelt der Insolvenzplan nur den Umgang mit dem Vergleichsangebot, modifiziert damit nur die Verfahrensabwicklung und im Übrigen nur dispositive Vorschriften, die die Verteilung betreffen.

Die Abwicklung des Insolvenzverfahrens wird für die Beteiligten planbar und im dispositiven Bereich festgeschrieben, weil die *Handlungsmöglichkeiten*

<sup>389</sup> MüKoInsO/Eidenmüller § 230 Rn. 82.

einerseits beschränkt und andererseits fest definierte *Handlungsoptionen* vorgegeben werden. Der Insolvenzplan legt dadurch eine für alle Beteiligten einheitliche und verbindliche Verfahrensstruktur fest, die in der Verteilung des Vermögens mündet. Gläubiger nehmen ihre Individualrechte über optionale Entscheidungsmöglichkeiten wahr. Zwar ist der Aufwand eines Planverfahrens immer noch erheblich; jedoch für den Preis einer echten risikolosen und zeitnahen Verteilungsmöglichkeit. Entscheidend für die Zulässigkeit spricht, dass es keinen Planeingriff in die Gläubigerforderung vor Abschluss des Insolvenzverfahrens gibt. Jede streitbefangene Forderung kann durch den Gläubiger weiter (streitig) festgestellt werden.

Die zu Grunde liegende Idee wurde bereits in einem ähnlichen Zusammenhang umgesetzt. So wurden Optionsrechte (Wahlrechte) im Insolvenzplan der Global PVQ SE (Q-Cell) gestaltet.<sup>390</sup> Das Unternehmen war im Bereich der Photovoltaik tätig. Um eine Abschlagsverteilung vornehmen zu können, sollten Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin in einem Insolvenzplan geregelt werden. Ursächlich waren erhebliche nicht prognostizierbare aufschiebend bedingte Forderungen aus Gewährleistungsansprüchen von Kunden. Ob Kunden berechnigte Ansprüche als Insolvenzforderungen (später) geltend machen können, hing davon ab, ob während der Laufzeit der Gewährleistungsfrist (aufgrund vertraglicher Vereinbarung bis zu 25 Jahre!) ein Schaden an den von der Schuldnerin verkauften Produkten eintritt, was jedoch ungewiss war. Das Gesetz sieht für aufschiebend bedingt festgestellte Insolvenzforderungen die Bildung von Rückstellungen vor (§ 191 S. 2 InsO). Nicht verbrauchte Rückstellungen hätten über Nachtragsverteilungen ausgeschüttet werden müssen. Das sollte vermieden werden. Die betroffenen Gläubiger sollten daher im Insolvenzplan zwischen einer Überleitung der Gewährleistungsansprüche auf eine Nachfolgegesellschaft oder einer Abgeltung etwaiger Gewährleistungsansprüche durch eine Quotenzahlung wählen. Gläubiger aufschiebend bedingter Forderungen forderte der Insolvenzverwalter nach Rechtskraft des Insolvenzplans auf, sich zwischen der Übertragung der Gewährleistungsansprüche oder der Quotenzahlung zu entscheiden. Schweigen der Gläubiger galt als Entscheidung für die Zahlung einer Quote.

---

390 Eingereicht durch den Insolvenzverwalter Henning Schorisch; AG Dessau-Roßlau (2 IN 121/12); Gläubiger stimmten dem Insolvenzplan am 29.8.2013 mehrheitlich zu.

## II. Erläuterungen des Gesamtkonzeptes

### 1. Grundlagen der Überlegungen und Behauptung

Der Insolvenzplan soll die Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Schuldenmasse beseitigen. Dazu schlägt der Insolvenzverwalter den Insolvenzgläubigern eine vergleichsweise Regelung vor, wonach die angemeldeten Forderungen berechnet werden und einvernehmlich zur Tabelle festgestellt werden würden. Der Vergleichsvorschlag entfaltet selbst keine Rechtswirkungen und kann (muss aber nicht) dem Insolvenzplan als Anlage beigelegt werden, weshalb er nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans nicht unmittelbar in die Rechtsstellung der Beteiligten eingreift. Vielmehr ist eine weitere über die Annahme des Plans hinausgehende Entscheidung der Gläubiger erforderlich. Um jedoch den organisatorischen Aufwand so klein wie möglich zu halten, um so das Verfahren straffen und vereinfachen zu können, wird im Insolvenzplan abweichend vereinbart und insofern in die Rechtsstellung der Beteiligten über eine Änderung der verfahrensrechtlichen Stellung des Beteiligten eingegriffen, dass die Gläubiger ihr Forderungsrecht aktiv verfolgen müssen. Es gilt als vereinbart, dass Schweigen zur Annahme des Vergleichsvorschlags führt. Wer die Annahme und einvernehmliche Feststellung zur Insolvenztabelle nicht wünscht, muss dem Vorschlag widersprechen. Der Plan selbst könnte daneben noch regeln, wie das Regelverfahren nach rechtskräftiger Bestätigung des Insolvenzplans weiter abgewickelt wird und wirkt insofern lediglich verfahrensbegleitend. Inwieweit auf die Verteilungsvorschriften des Regelverfahrens zurückgegriffen werden kann, hängt vom Einzelfall ab.

Das Regelverfahren läuft weiter – modifiziert durch den Insolvenzplan. Können Gläubiger für die Wirtschaftlichkeit des Vergleichsangebotes gewonnen werden und nehmen das Vergleichsangebot (durch Schweigen) an, korrigiert der Insolvenzverwalter die Insolvenztabelle durch Rücknahme seines Widerspruchs in der Höhe, wie es der Berechnungsmodus des Vergleichs vorsieht. Anschließend, d. h. nach Ablauf einer vorgesehenen Frist und Korrektur der Insolvenztabelle, wird das Vermögen nach den Vorgaben des Insolvenzplans verteilt, wobei der Plan die Details nicht regeln müsste, sondern der Einfachheit halber auf die Vorschriften der InsO verwiesen werden könnte. Das bedeutet für Gläubiger, die sich gegen den Vergleichsvorschlag entschieden haben, dass sie an der Planverteilung in Form von Rückstellungen partizipieren können, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür geschaffen werden (§ 189 InsO).

Soweit zu den Grundlagen. Möchte man diese Idee in das Planverfahren integrieren und die im Ergebnis richtigen Feststellungen des BGH berücksichtigen, sind diverse einzelne Regelungen miteinander zu kombinieren. Die Umsetzung soll nachfolgend erläutert werden.

## **2. Der Vergleich mit optionalem Widerspruchsrecht**

Gläubiger und Insolvenzverwalter können sich hinsichtlich der Feststellung ihrer Forderungen individuell einigen. Wie ein solcher Weg im Einzelnen im Planverfahren umgesetzt werden kann, ist Gegenstand der folgenden Seiten.

### **a) Der Berechnungsmodus (nur) als Vergleichsvorschlag**

Konsequenz der Rechtsprechung des BGH ist, dass im Insolvenzplan der Berechnungsmodus der Forderungen nicht geregelt werden kann. Es bleibt aber zulässig, den Gläubigern ein Vergleichsangebot zu unterbreiten, wonach ihre Forderungen anhand eines festgelegten Berechnungsmodus bestimmt werden, d. h. geprüft und entsprechend durch Rücknahme des Widerspruchs festgestellt werden können. Gläubiger, die ihre eigene Forderung vergleichsweise außer Streit stellen lassen, verpflichten sich gleichfalls, alle anderen nach dem Berechnungsmodus vergleichsweise zur Tabelle festgestellten Forderungen außer Streit stellen zu wollen.

In der Regel enthalten Plananlagen bereits eine verpflichtende Erklärung eines nicht Planunterworfenen, ohne die sich der Planverfasser nicht der Zustimmung durch die Gläubiger gewiss sein kann. Hierauf kommt es vorliegend nicht an. Während nicht am Verfahren Beteiligte mit ihrer Verpflichtungserklärung bereits im Vorfeld der Abstimmung über den Insolvenzplan gebunden werden (müssen), soll der Gläubiger erst nach Abstimmung und Rechtskraft des Insolvenzplans entscheiden, wie er sich verhalten möchte. Eine vorzeitige Bindung ist nicht notwendig.

### **b) Das Widerspruchsrecht: Inhalt, Ablauf, Zeitpunkt**

Im Insolvenzplan wird geregelt, dass der Insolvenzverwalter den Vergleichsvorschlag im Interesse des Gläubigerschutzes an alle Gläubiger, deren Forderungen bestritten wurden oder zu bestreiten sind, zustellt. Die Zustellung löst wiederum eine im Plan vorgesehene Frist aus, innerhalb derer die Gläubiger sich für oder gegen das Vergleichsangebot entscheiden müssen. Die Frist darf frühestens mit Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses beginnen. Denn die Wirkungen des Insolvenzplans treten erst mit Rechtskraft seiner Bestätigung in Kraft (§ 254 Abs. 1 S. 1 InsO). Auf den Zeitpunkt der Rechtskraft abzustellen kann zwar zu Verzögerungen bei der Verfahrensabwicklung führen. Andererseits darf der mit einem Rechtsmittel angegriffene Insolvenzplan keine Vorwirkung entfalten, da sich andernfalls der Rechtsmittelführer bereits den Vor-



schriften des Insolvenzplans unterwerfen müsste, dessen Wirkung er gerade bekämpft.<sup>391</sup>

Zur Vereinfachung der Verfahrensabwicklung könnte § 252 Abs. 2 InsO modifiziert werden, wonach das Insolvenzgericht den Beschluss nach der rechtskräftigen Bestätigung an die Insolvenzgläubiger, die Forderungen angemeldet haben, unter Hinweis auf die Bestätigung einen Abdruck des Plans oder eine Zusammenfassung seines wesentlichen Inhalts zu übersenden hat. Abweichend könnte im Plan geregelt werden, dass der Insolvenzverwalter die Mitteilung übernimmt, so dass den Gläubigern mit bestrittenen Forderungen der Plan und der Vergleichsvorschlag nur einmal zugestellt werden. Die Kosten hierfür wären Verfahrenskosten, die ohnehin angefallen wären (als Gerichtskosten oder als Kosten des Insolvenzverwalters). Ein Mehraufwand entsteht dann nicht.

Die Unterrichtung der Beteiligten ist zwar von der gerichtlichen Bestätigung zu unterscheiden. Die Übersendung des Abdrucks bzw. der Zusammenfassung ist im Hinblick auf den Wortlaut auch keine Zustellung im Sinne des § 8 Abs. 3 InsO, so dass sie ausschließliche Aufgabe des Gerichtes sein könnte, die nicht an den Insolvenzverwalter delegiert werden kann.<sup>392</sup> Jedoch ist die Vorschrift plandispositiv – jedenfalls im Hinblick darauf, wer diese Aufgabe übernimmt. Diese Frage hatte bislang keine praktische Relevanz, wobei für eine Übernahme spräche, dass die Unterrichtung der Gläubiger allein dem Zweck dient, den beteiligten Gläubigern Rechtssicherheit über die letzte Fassung des bestätigten Insolvenzplans zu verschaffen<sup>393</sup>, was auch durch den Insolvenzverwalter gewährleistet werden könnte, der u. U. den Plan selbst vorgelegt hat, unter der Aufsicht des Gerichts steht und auf Verlangen die Zustellung nachzuweisen hat. Darüber hinaus stellt ein (gerichtlicher) Verstoß gegen die Unterrichtungspflicht zwar einen Verfahrensfehler dar, weil aber die Unterrichtung erst nach Bestätigung des Insolvenzplans erfolgt (§ 248 InsO), kann sie keinen Einfluss auf das Wirksamwerden des Plans haben. Einer sofortigen Beschwerde würde die notwendige Beschwer fehlen. Und da die Rechtsmittelfrist für die sofortige Beschwerde bereits mit der Verkündung des Beschlusses beginnt (§ 6 Abs. 2 S. 1 InsO), hat die Übersendung keine Auswirkungen auf den Eintritt der Rechtskraft. Die Beschwerdefrist ist eine Notfrist und beträgt 2 Wochen (§ 4 in Verbindung mit § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO).

391 BGH ZInsO 2010, 1448.

392 Nerlich/Römermann-InsO/Braun § 252 Rn. 4; MüKoInsO/Sinz § 252 Rn. 22; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 252 Rn. 2.

393 MüKoInsO/Sinz § 252 Rn. 28; Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 141, Rn. 495.

### c) Das Wahlrecht als Opt-Out-Modell

Hier liegt der rechtsdogmatische Kern und Knackpunkt des vorgeschlagenen Optionsplans. Die Gläubiger mit angemeldeten Forderungen haben mithilfe des Vergleichsvorschlags ein Wahlrecht. Dieses kann in zweierlei Hinsicht ausgeübt werden, wobei es – wie nachfolgend erläutert – zulässig wäre, im Insolvenzplan die Bedeutung des Schweigens als Zustimmung zu vereinbaren. Dazu wie folgt.

#### aa) Vorüberlegungen

Die Gläubiger entscheiden selbst und eigenverantwortlich über die Annahme bzw. Nichtannahme des Vergleichs. Dabei sind grundsätzlich zwei Wege denkbar. Der Insolvenzplan kann Einwilligungserklärungen einerseits über ein Opt-In Modell (d. h. mit Einwilligungsvorbehalt) oder andererseits über ein Opt-Out Modell (d. h. mit Widerspruchsvorbehalt) regeln. Die Begriffe Opt-In und Opt-Out sind gesetzlich nicht definiert. Bei einem Opt-In Modell muss der Gläubiger dem Vergleichsvorschlag zustimmen, z. B. durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Insolvenzverwalter. Im Gegensatz dazu wird beim Opt-Out Modell auf die aktive Zustimmung zum Vergleichsvorschlag verzichtet; Gläubiger müssen also widersprechen und ihre Rechte geltend machen, wenn sie den Vergleichsvorschlag nicht akzeptieren wollen.

Das Opt-In Modell ist unproblematisch zulässig. Es ist nichts anderes als eine individuelle gütliche Einigung zwischen dem Insolvenzverwalter und den jeweiligen Gläubigern, nur mit dem Unterschied, dass der Vergleichsvorschlag über das Medium Insolvenzplan erläutert und Kriterien für die anschließend geplante Korrektur der Tabelle und Verteilung aufgestellt wurde. Während die Abschlagsverteilung im Ermessen des Insolvenzverwalters stand, wird darüber hinaus die Verteilung im Plan ausdrücklich geregelt, so dass die Gläubiger dann auch einen „Durchführungsanspruch“ haben. Das Opt-In Modell birgt jedoch Risiken. Eine Vielzahl von Insolvenzgläubigern verhält sich für die Dauer des Insolvenzverfahrens häufig passiv und nimmt auch nicht an Gläubigerversammlungen teil. Es besteht deshalb die Gefahr, dass die Gläubiger selbst dann nicht aktiv werden, wenn Sie den Vergleich für wirtschaftlich sinnvoll erachten. Ob eine etwaig erforderliche Zustimmungsquote erreicht werden kann, ist ungewiss.

Im Insolvenzplan sollte deshalb ein Opt-Out Modell vereinbart werden. Unter dem Gesichtspunkt insolvenz- und planrechtlicher Besonderheiten wäre eine solche Klausel nicht zu beanstanden. Das hat zur Folge, dass Gläubiger, die nicht ausdrücklich widersprechen, sich mit dem vorgeschlagenen Berechnungsmodus einverstanden erklären. Durch die Annahme des Vergleichs erklärt der Gläubiger darüber hinaus den *Verzicht* auf die gerichtliche Fest-

stellung des streitig gebliebenen Forderungsteils; natürlich auch in Bezug auf etwaig von ihm bestrittene Forderungen anderer Gläubiger. Damit regelt der gestaltende Teil des Insolvenzplans, dass Schweigen den Erklärungsgehalt der Zustimmung hat. Das ist – wie nachfolgend untersucht – auch zulässig.

### **bb) Konkludenz des Schweigens als zulässiger Planinhalt (§§ 231, 250 InsO)**

Die Rechtsfolgen des Schweigens können im Insolvenzplan vereinbart werden und führen nicht zu einer Zurückweisung des Plans. Die Gründe für die formelle und materielle Zulässigkeit ergeben sich aus der Auslegung der planrechtlichen Vorschriften als auch aus der Rechtsnatur des Insolvenzplans als vertragsähnliches Rechtsinstitut. Richtig ist zunächst, dass die Erklärungswirkung von Schweigen nicht insolvenzgesetzlich ausdrücklich bestimmt ist. Das private Vertragsrecht sieht jedoch die Möglichkeit vor, die Bedeutung auch vertraglich zu bestimmen. Überträgt man diese Rechtsdogmatik auf das Planrecht, entspricht der Insolvenzplan der vertraglichen Vereinbarung. Ein Insolvenzplan, der eine solche Regelung vorsieht, weist somit keinen Verfahrensmangel im Sinne der §§ 231, 250 InsO aus. Danach ist die Bestätigung des Insolvenzplans von Amts wegen zu versagen, wenn insbesondere die Vorschriften über den Inhalt des Insolvenzplans in einem wesentlichen Punkt nicht beachtet worden sind. Vorschriften über den Inhalt des Insolvenzplans sind die §§ 217 und 219 bis 230 InsO.<sup>394</sup> Da § 217 InsO als Grundnorm über den Insolvenzplan festlegt, was zulässigerweise Gegenstand von Regelungen im gestaltenden Teil des Plans sein kann, ist die gerichtliche Überprüfung hierüber eröffnet.

Wegen seiner umfassenden Wirkung bindet er zwar auch die Planopponenten – eine Wirkung, die im Vertragsrecht nur im Bereich des Kontrahierungszwanges zu finden ist. Eine etwaige Schlechterstellung von Gläubigern, insbesondere von Opponenten im Vergleich zu einer Liquidation im Regelverfahren, ist jedoch keine Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit, sondern eine der Bestätigung (§ 251 InsO), auf die später eingegangen wird.<sup>395</sup> Ganz allgemein ist hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ zu unterscheiden.

#### **1) Formelle Zulässigkeit**

Gemäß § 217 S. 1 InsO ist es ganz allgemein zulässig, in einem Insolvenzplan lediglich die „Verfahrensabwicklung“ zu regeln. Über dieses Einfallstor wäre es denkbar, dass dem Planersteller eine erweiterte Kompetenz auch in Bezug auf die Verfahrensweise nach rechtskräftiger Planbestätigung zukommt, mit der

<sup>394</sup> MüKoInsO/Sinz § 250 Rn. 5, 6; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit, § 231 Rn. 14.

<sup>395</sup> Zum Problem der Planbestätigung weiter unten V., 4.

er im Insolvenzplan unter Beachtung des Rahmens der gesetzlichen Möglichkeiten (§§ 231, 250 InsO) eine Bedeutung des Schweigens als eine Form der Verfahrensabwicklung vorschlagen kann. Der Begriff der Verfahrensabwicklung im Sinne des § 217 S. 1 InsO ist nun wenig konturiert und meint jedenfalls klarstellend, dass ein rechtskräftiger Insolvenzplan nicht zwingend in der Beendigung des Insolvenzverfahrens münden müsse. Dabei entspricht es dem gesetzgeberischen Gedanken eines möglichst flexiblen Verfahrens, Arten und Formen der Verfahrensabwicklung nicht abschließend aufzuzählen. Vielmehr können nur die Beteiligten im Einzelfall entscheiden, welche Form der Verfahrensabwicklung den Interessen am ehesten entspricht, wobei hiermit nicht der Ablauf des insolvenzgerichtlichen Verfahrens gemeint ist; dieses ist zwingend. Die Verfahrensabwicklung hinsichtlich der Aufhebung des Verfahrens wie auch alle dispositiven Verfahrensvorschriften bleiben hier unangetastet. Der Optionsplan soll im weitesten Sinne die Verfahrensweise der einvernehmlichen außergerichtlichen Einigung über das Forderungsrecht modifizieren. Hierfür hält die InsO keine ausdrückliche Regelung vor.<sup>396</sup>

Das ist auch nicht erforderlich, da das Gesetz hier und da hinsichtlich der Frage schweigt, wie einzelne Abschnitte des Regelverfahrens umzusetzen sind (als Beispiel mögen die diversen Verwertungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters dienen) aber auch wie die im Plan vereinbarten Regelungen umzusetzen sind, was aber nicht verwundert, da dies allein aufgrund des Facettenreichtums auch gar nicht möglich wäre. Der Plan kann deshalb immer dann, wenn das Gesetz schweigt, eigenständige Regelungen vorsehen, andernfalls ist auf das allgemeine Verfahrensrecht – bspw. der ZPO (§ 4 InsO) – zurückzugreifen. Der Plan selbst dient dann der Legitimation der eigenen konkreten *Planumsetzung* – stets im gesetzlichen Rahmen der zulässigen Modifikation der Vorschriften über den Inhalt und die verfahrensmäßige Behandlung des Plans (§§ 231, 250 InsO). Vorliegend soll der Insolvenzplan einen Vorschlag über den Weg bzw. die Art und Weise der gütlichen außergerichtlichen Konfliktbeilegung über bestrittene Forderungen unterbreiten. Im Ergebnis möchte der Planarchitekt die dispositive Verfahrensabwicklung modifizieren, für die die InsO selbst keine konkreten Regelungen vorsieht. Das ist also möglich.

## 2) Materielle Zulässigkeit

Nachdem die Verfahrensabwicklung im weitesten Sinne überhaupt Gegenstand einer planrechtlichen Regelung sein kann („Ob“), müssen die insolvenzrechtli-

---

<sup>396</sup> Allenfalls und nur am Rande erfolgt ein Hinweis auf die gütliche Einigung über den Verweis von § 4 InsO in Verbindung mit § 278a ZPO, wonach jedoch nur die grundsätzliche Möglichkeit aufgezeigt wird.

chen Kriterien der materiell-rechtlichen Zulässigkeit gefunden und bestimmt werden („Wie“). Ausgangspunkt der Überlegungen ist die im Vertragsrecht anerkannte Vereinbarung über den Erklärungsgehalt des „Nichtstuns“. Das Licht soll dazu zunächst auf die dogmatische Einordnung des Insolvenzplans als ein den Vertrag bürgerlichen Rechts ähnliches Rechtsinstitut geworfen werden, mit der Erkenntnis, dass der Plan selbst eine Vereinbarung über den Erklärungsgehalt von Schweigen darstellen und damit das Vehikel einer insolvenzrechtlichen Vereinbarung über den Erklärungsgehalt des Nichtstuns sein kann.

### 2a) Exkurs: Schweigen im Vertragsrecht

Schweigen eines Angebotsempfängers ist im Rechtsverkehr mangels irgendeines Erklärungsgehalts grundsätzlich keine Willenserklärung und stellt daher weder eine Annahmeerklärung noch eine Ablehnung dar.<sup>397</sup> Das gilt nicht ausnahmslos. Jedoch kann mit Blick auf die grundrechtlich verankerte (negative) Vertragsfreiheit als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) Schweigen nicht ohne weiteres die Bedeutung einer Erklärung beigemessen werden und ist deshalb nur in besonderen Fällen anerkannt.

Neben den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fallkonstellationen – so auch die Wertung der grundgesetzlichen Ordnung, wonach die (negative) Vertragsfreiheit nicht schrankenlos gewährt wird (Art. 2 Abs. 2 GG) – hat Schweigen insbesondere dann Erklärungsbedeutung, wenn dies im Voraus so *vereinbart* wird. Das Schweigen stellt in solchen Fällen eine Form des konkludenten Verhaltens dar, bei dem Handlungen (hier in Form einer Unterlassung) vorgenommen werden, die mittelbar auf eine schlüssige Erklärung schließen lassen. Dann liegt kein rechtlich unerhebliches Schweigen an sich vor, sondern eine konkludente positive Willenserklärung des Schweigenden.<sup>398</sup> Die Möglichkeit der vertraglichen Vereinbarung über den Erklärungsgehalt des Schweigens ist so gesehen gleichfalls Ausfluss der Privatautonomie im Sinne einer positiven Vertragsfreiheit. Die Kriterien sind im Einzelnen unbestimmt und Einzelfragen der Literatur und Rechtsprechung überlassen. Dabei ist es natürlich unzulässig, wenn der Antragende über die Bedeutung des Schweigens einseitig und aus eigener Machtvollkommenheit bestimmt.<sup>399</sup> Andernfalls würde man Missbrauchsmöglichkeiten Tür und Tor öffnen. Maßstab und zugleich Ansatzpunkt ist dabei, dass das vereinbarte Schweigen die Privatautonomie nicht unangemessen beeinträchtigen darf, demgegenüber ist aber auch zu berücksichtigen,

397 Staudinger/Bork § 146 Rn. 5.

398 MüKoBGB/Kramer § 151 Rn. 4; Staudinger Eckpfeiler/Busche Kap. F Rn. 28.

399 Staudinger/Singer Vorbem. zu §§ 116 ff. Rn. 61.

dass gerade die Vereinbarung über den Erklärungsgehalt des Schweigens Ausfluss einer privatautonomen Entscheidung sein kann. Damit ist es auf dem weiten Spielfeld der Privatautonomie im Grundsatz zulässig, eine Vereinbarung dahingehend zu treffen, dass Schweigen rechtserhebliche Wirkungen zwischen den Parteien erzeugen soll. Diese Grundsätze sind auf das Planverfahren übertragbar und beanspruchen damit Geltung auch für den Insolvenzplan als eine privatautonome Vereinbarung mit Vertragscharakter.

### **2b) Wesen des Insolvenzplans als ein dem Vertrag bürgerlichen Rechts ähnliches Rechtsinstitut**

Wir halten zunächst fest, dass Schweigen im Vertragsrecht im Einzelfall Erklärungswirkung entfaltet, dies jedoch einer gesetzlichen Grundlage bedarf oder mithilfe einer ausdrücklichen jedenfalls konkludenten Vereinbarung erzeugt werden muss. Da es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung im Insolvenzplanrecht ermangelt, ist fraglich, inwieweit Schweigen in einem Insolvenzplan über den Weg einer ausdrücklichen oder konkludenten Regelung privatautonom vereinbart werden kann. Voraussetzung wäre hierfür, dass erstens der Insolvenzplan selbst die Vereinbarung darstellt und zweitens die Rechtspositionen aller betroffenen Gläubiger nicht aus einseitiger Machtvollkommenheit bestimmt und unangemessen eingeschränkt werden.

Vor die Klammer der weiteren Überlegungen ist zunächst eine differenzierende Betrachtung zu ziehen, ob zwischen den Gläubigern zu unterscheiden ist, die dem Plan ausdrücklich zugestimmt haben und Gläubigern, die widersprochen bzw. an der Abstimmung nicht teilgenommen haben. Unproblematisch dürfte sich eine Bindung für all diejenigen Gläubiger ergeben, die dem Plan ausdrücklich zugestimmt haben, da in deren Verhalten wohl auch ohne eine ausdrückliche Regelung allein durch die Befürwortung des Plans zugleich ein schlüssiges (zustimmendes) Verhalten hinsichtlich des Vergleichsangebots gesehen werden könnte. Doch auch eine Bindungswirkung von Gläubigern, die an der Abstimmung nicht teilgenommen haben oder dem Plan widersprochen haben, sieht die InsO ausdrücklich vor. Die Wirkungen treten für und gegen alle Beteiligten ein, wobei ausdrücklich auch Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, und Beteiligte, die dem Insolvenzplan widersprochen haben, gebunden werden (§ 254, 254b InsO). Eine Unterscheidung ist daher nicht erforderlich.

Kann der Insolvenzplan nun die vertragliche Vereinbarung darstellen? Ja, denn hierfür sprechen das Wesen, die Rechtsdogmatik und die Rechtsnatur des Insolvenzplans. Dabei verwundert es nicht, dass über die Rechtsnatur des vom deutschen Gesetzgeber zum Vorbild genommenen Reorganisationsplans im Chapter 11 als auch über die des deutschen Insolvenzplans häufig nur am Rande



diskutiert wird, da dies eher selten erforderlich ist, weil sich die Rechtsnatur des Insolvenzplans nur schwer fassen lässt und die Beantwortung der Frage in der insolvenzrechtlichen Praxis häufig keine Relevanz hat.<sup>400</sup> Eine Auseinandersetzung scheint aber immer dann angezeigt, wenn – wie hier – mit ihr auch eine Lösung für ein konkretes Problem gefunden werden könne.

Dafür, dass der Insolvenzplan die Grundlage für eine vertragliche Vereinbarung darstellen kann, spricht zunächst, dass jedenfalls das amerikanische Vorbild als Vertrag angesehen wird.<sup>401</sup> Weil aber der deutsche Gesetzgeber sich bemühte, auf die wesentlichen Kritikpunkte des amerikanischen Insolvenzrechts zu reagieren und deshalb in einigen Punkten vom amerikanischen Konzept abwich, kann dieses Ergebnis jedoch nicht ohne weiteres übertragen werden und keinesfalls eine tragfähige vergleichende Betrachtung erfolgen.<sup>402</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat zur Dogmatik und Rechtsnatur des Insolvenzplans nur bedingt Stellung bezogen. In Kenntnis der nicht zwingenden dogmatischen Einordnung des amerikanischen Vorbilds wird der Insolvenzplan in den Gesetzesmaterialien als *privatautonome Übereinkunft* beschrieben<sup>403</sup>, weshalb sich der Gesetzgeber wohl keinesfalls vom Vertragsgedanken entfernt hat. Den Unklarheiten geschuldet, schien es dem Gesetzgeber dann doch noch ein Bedürfnis, den Insolvenzplan darüber hinaus auch als *neues Rechtsinstitut* zu betrachten.<sup>404</sup>

Eine Ein- und Zuordnung sollte wohl damit der Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen werden. In der Folge bemühte sich die Literatur, den Insolvenzplan rechtsdogmatisch einzuordnen und anhand bekannter Strukturen zu definieren.<sup>405</sup> Im Wesentlichen wurde über die Frage diskutiert, ob der Plan mehr Vertrags-<sup>406</sup>, mehr Normsetzungs-<sup>407</sup> oder (was soweit ersichtlich nicht mehr vertreten wird) mehr Urteilscharakter<sup>408</sup> besitzt. Bis heute kann man wohl sagen, dass der Wunsch nach einer allgemein verbindlichen Begriffsdefinition im Versuch stecken geblieben ist, was – wie gesagt – im Ergebnis aber regelmäßig unschädlich ist und wohl auch den Nährboden für das Facettenreichtum der Meinungen und Ansichten bildet.

400 FA-InsR/*Gietl* S. 856 Rn. 3.

401 Schiessler, Insolvenzplan, 1997, S. 22; Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 159.

402 Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 159.

403 BT-Drs. 12/2443, 91.

404 BT-Drs. 12/2443, 90; Hänel, Gläubigerautonomie, S. 107.

405 FA-InsR/*Gietl* S. 856 Rn. 2.

406 Hess/Weis WM 1998, 2349 (2350).

407 Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, S. 140, Rn. 7.11; Happe, Rechtsnatur, 2004, S. 266.

408 Für den Zwangsvergleich: Schultze ZHR 25 (1880), 339 (342); weitere Erläuterungen bei Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 63.



Der BGH bemühte sich um eine Begriffsdefinition und setzte sich tiefgründig erstmals 2005 mit der Art und Umfang der Auslegung auseinander.<sup>409</sup> In mittlerweile wohl gefestigter Rechtsprechung<sup>410</sup> ordnet er den Insolvenzplan – weil sich die Auslegung nach dem Wesen zu richten hat – entsprechend der Gesetzesmaterialien<sup>411</sup> gleichfalls nicht als Vergleich aber eben auch nicht als Vertrag unter den Gläubigern ein, auch wenn seine Annahme weitgehend auf der Willensübereinkunft der Beteiligten beruht. Der Insolvenzplan sei vielmehr ein „spezifisch insolvenzrechtliches Instrument, mit dem die Gläubigergesamtheit ihre Befriedigung aus dem Schuldnervermögen organisiert“.<sup>412</sup> Diese Rechtsprechung gegen den Vertragscharakter soll vor allem auch die Möglichkeit sprechen, dass die Gläubigergemeinschaft nicht aus freiem Willen zusammengefunden hat; vielmehr eine durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners zusammengefügte Schicksalsgemeinschaft sei, und der Wille eines einzelnen Gläubigers überwunden werden könne (§§ 244 ff. InsO). Der BGH findet so wohl ganz im Stil des Regierungsentwurfs eine eigene Begriffsdefinition und lehnt es letztendlich auch ab, auf die Auslegung des Insolvenzplans die Grundsätze anzuwenden, die bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Satzungen Anwendung finden, also nach objektivem Inhalt und typischem Sinn. Maßgeblich sei vielmehr das individuelle Verständnis derjenigen, die ihn beschlossen haben.<sup>413</sup> Das ist in Bezug auf die Suche nach einer Lösung der hier gestellten Frage hervorzuheben, da in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einseitige Erklärungsfiktionen hinsichtlich des Schweigens wirksam sein können. Nämlich dann, wenn der Verwender den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die Bedeutung des Schweigens als Zustimmung und Annahme hinweist (§ 308 Nr. 5 BGB). Der BGH führt in diesem Zusammenhang jedoch ins Feld, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen normähnlich Gültigkeit beanspruchen, weil sie für eine unbestimmte Vielzahl von Geschäftsvorfällen gelten sollen. Demgegenüber ändert sich die Zusammensetzung der von dem Insolvenzplan betroffenen Gläubigergemeinschaft nicht mehr. Eine normative Wirkung für eine über den Kreis derjenigen, die den Plan beschlossen haben, hinaus gehende Personenanzahl käme dem Plan also nicht zu. Das stimmt nur bedingt. Gläubiger müssen nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, werden aber rechtlich gebunden. Die Gläubigergemeinschaft kann daher durchaus unbestimmt sein. Unabhängig davon ist dies genau genommen aber auch gar nicht erforderlich, da selbst die

409 BGH ZInsO 2006, 38.

410 BGH ZInsO 2015, 1398; 2006, 38; auch Schiessler, Insolvenzplan (1997), S. 22.

411 BT-Drs. 12/2443, 91.

412 BGH ZInsO 2015, 1398; 2006, 38.

413 BGH ZInsO 2015, 1398; 2006, 38; auch BAG ZInsO 2013, 2439.

wiederholte Verwendung gegenüber demselben Vertragspartner nach höchstrichterlicher Rechtsprechung des BGH ausreichend sein könne.<sup>414</sup>

Die Einordnung des Insolvenzplans als ein spezifisch insolvenzrechtliches Instrument, mit dem die Gläubigersamtheit ihre Befriedigung aus dem Schuldnervermögen organisiert, hat der Senat jüngst noch einmal bestätigt.<sup>415</sup> Darüber hinaus auch die Argumente gegen die Einordnung als Vertrag im herkömmlichen Sinne. Der Senat verschließt sich damit einer im Grundsatz schlüssigen Einordnung des Insolvenzplans in die allgemeine Dogmatik des Zivil- und Prozessrechts, jedoch nicht der Tatsache, dass für die Auslegung des Insolvenzplans das individuelle Verständnis derjenigen maßgebend sein soll, die ihn beschlossen haben. Ein Insolvenzplan unterliegt damit der Auslegung nach den vertragsrechtlichen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB. Natürlich täuscht das nicht darüber hinweg, dass auch der Definitionsversuch des BGH nun nicht sehr aussagekräftig ist, zumal der „Organisationsakt“ nicht allen Gläubigern anvertraut ist.<sup>416</sup> Der Lösungsansatz offenbart vielmehr einen nur schwer verständlichen Zwiespalt zwischen der vermeintlichen Sonderstellung des Insolvenzplans und der Anwendbarkeit vertragsrechtlicher Auslegungsregeln. Zugegeben heben die Ansätze des BGH die besondere Bedeutung des Wesens des Insolvenzplans als Verfahren der privatautonomen Übereinkunft der mitspracheberechtigten Beteiligten über die Verwertung des haftenden Schuldnervermögens besonders hervor. Doch auch wenn der BGH betont, dass der Insolvenzplan kein Vertrag *im herkömmlichen Sinne* sei, so ist dies für die Anwendung anerkannter Vertragsgrundsätze auch nicht erforderlich. Gegenstand der neueren Entscheidung des BGH war eine salvatorische Klausel, mit der der Schuldner die Bestimmung des § 139 BGB abbedingen wollte, was im allgemeinen Vertragsrecht bekannt und im Grundsatz wirksam sei. Für die Nichtanwendung des § 139 BGB war im konkreten Fall nicht deshalb kein Raum, weil anerkannte Vertragsgrundsätze nicht übertragbar seien, sondern im Insolvenzplanverfahren Sonderregelungen bestünden. Auch wenn dieser Argumentationsweg zu Recht auf Kritik stößt<sup>417</sup>, kann selbst unter der Prämisse des BGH ein Insolvenzplan Grundlage für eine im Vertragsrecht anerkannte Regelung sein.

Nach alledem gilt: Das Gesetz gewährt allen Beteiligten die Möglichkeit, sich über den Inhalt des Insolvenzplans Kenntnis zu verschaffen – und natürlich abhängig von der Stellung des Gläubigers im konkreten Verfahren und des Beteiligungswerts in freien Verhandlungen auch hinreichend Einfluss neh-

414 BGH WM 2004, 794.

415 BGH ZIP 2015, 1346.

416 BGH ZInsO 2006, 38 m. Anm. Wehdeking, jurisPR-InsR 2006, Anm. 3: So ermangelt es bereits an einem Planvorlagerecht für einzelne Gläubiger (§ 218 InsO).

417 BGH ZInsO 2015, 1398 mit Anm. Madaus NZI 2015, 697 (702).

men zu können. Natürlich werden Gläubiger mit Eröffnung des Verfahrens zu einer Art Schicksalsgemeinschaft miteinander verbunden, die sich auch ohne übereinstimmenden Willen formiert. Und dennoch. Während des Planverfahrens treten die Gläubiger untereinander in Verhandlungen und legen die Verwertung, Abwicklung, etc. des Verfahrens bindend fest. Sie „vereinbaren“ das weitere Prozedere. Wie sie zu den Verhandlungen gekommen sind, kann nicht ausschlaggebend sein. Und wie auch im privaten Rechtsverkehr ist der Einfluss der Parteien unterschiedlich gewichtet, zum Teil nahezu auf null reduziert, auch besteht im Einzelfall ein Kontrahierungszwang, so dass eine Regelung u. U. einseitig hingenommen werden muss. Dieser Zwang ist nur auf die Überwindung der „Vertragssperre“ gerichtet, nicht jedoch darauf, eine Interessenverfolgung zu einseitig begünstigenden Bedingungen zu ermöglichen.<sup>418</sup> Unter diesem Blickwinkel verhält es sich im Planverfahren durchaus vergleichbar. Während das Zustandekommen verfahrensrechtlich durch die InsO geregelt wird, unterliegt der Inhalt eines Plans mit Einschränkungen den vertragsrechtlichen Vorschriften des BGB.<sup>419</sup> Es sind deshalb selbst unter der zu Recht auf Kritik gestoßenen Einordnung des Insolvenzplans durch den BGH keine Gründe ersichtlich, warum die Rechtsfolgen an ein Schweigen ausschließlich nur mit einem privatrechtlichen Vertrag im herkömmlichen rechtsdogmatischen Sinne und nicht mit einem Insolvenzplan zwar als insolvenzspezifisches, aber immerhin vertragsähnliches Rechtsinstitut vereinbart werden kann. Der Schwerpunkt liegt hier wie dort auf „freie Vereinbarung“ unter den Beteiligten.

### 2c) Prinzip bei Passivität im Insolvenzverfahren: Eine Abwägungen der Interessen

Der Insolvenzplan selbst stellt – wie gezeigt – die Vereinbarung zwischen den Gläubigern dar. Doch auch die weitere Voraussetzung ist gegeben, genauer gesagt das einschränkende Korrektiv ist nicht gegeben, nämlich, dass die Rechtsposition aller betroffenen Gläubiger durch den Planarchitekten nicht aus einseitiger Machtvollkommenheit bestimmt und nicht unangemessen eingeschränkt werden. Hiervon ist die Frage zu trennen, ob im Einzelfall eine solche Planregelung die Gläubiger schlechter stellt, die nach den insolvenzrechtlichen Vorgaben zu beantworten ist, wobei ausschließlich wirtschaftliche Erwägungen zum Tragen kommen.<sup>420</sup>

Bei Lichte betrachtet fällt auf, dass das Prinzip des Schweigens, das natürlich auch mit erheblichen Rechtsverlusten einhergehen kann, bereits den allgemeinen insolvenzrechtlichen Vorschriften nicht fremd – im Gegenteil

<sup>418</sup> MüKoBGB/Busche § Vor. § 145 Rn. 23.

<sup>419</sup> Hmb-Komm-InsO/Thies Vor. § 217 Rn. 3.

<sup>420</sup> Zum Problem der Planbestätigung weiter unten V., 4.

sogar systemimmanent – ist. Das Insolvenzverfahren ist ein auf mehrheitlichen Konsens ausgerichtetes Verfahren. Gläubiger sind angehalten, gestalterisch mitzuwirken und sich aktiv zu beteiligen. Tun sie es nicht, erleiden sie Rechtsverluste. Nehmen Gläubiger bspw. an Gläubigerversammlungen nicht teil, ist dieses Nichterscheinen als Verzicht auf die den Gläubigern in der Gläubigerversammlung zustehenden Verfahrensrechte zu werten.<sup>421</sup> Weiter werden nur Forderungen im Prüfungstermin erörtert, die vom Insolvenzverwalter, vom Schuldner oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten wurden (§ 176 S. 2 InsO). Gibt der Insolvenzverwalter im Rahmen der Erörterung einer Forderung keine Erklärung ab, gilt sein Schweigen als Anerkenntnis<sup>422</sup> (auch wenn diese Rechtsfolge nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird, ergibt sie sich aus dem Sinnzusammenhang). Schweigt ein Gläubiger oder nimmt er nicht am Termin teil, verliert auch er endgültig sein Widerspruchsrecht. Doch auch der Schuldner muss handeln und widersprechen; im Falle einer angemeldeten bereits titulierten Forderung, kann er den Widerspruch sogar nur binnen einer Monatsfrist gerichtlich verfolgen. Andernfalls gilt sein Widerspruch als nicht erhoben (§ 184 Abs. 2 S. 1 InsO). Ganz allgemein gilt also, dass die Beteiligten, insbesondere die Gläubiger nur durch aktive Teilnahme am Verfahren rechtsgestaltend mitwirken können, andernfalls verlieren sie Handlungsoptionen. In diesen Fällen werden den Gläubigern Rechtswirkungen bzw. Rechtsfolgen aufoktroiert. Bei Mehrheitsentscheidungen in Gläubigerversammlungen und Planverfahren geschieht dies sogar gegen den ausdrücklichen Willen. Ein anderes Prinzip ist bei einem auf gemeinschaftliche Befriedigung ausgerichteten Verfahren schlicht und ergreifend auch nicht möglich.

Der Vereinbarung, dass Schweigen im Insolvenzplan eine konkludente Willenserklärung darstellt, stehen auch die häufig vielschichtigen und divergierenden Interessen der Gläubiger nicht entgegen. Im Wege einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen sind Handlungspflichten für Gläubiger im Sinne von Einschränkungen gerechtfertigt. Das Insolvenzverfahren gehört als gerichtliches Verfahren zu den Kernbereichen echter Rechtsprechung, gleich welche Definition des Begriffs der Rechtsprechung man zu Grunde legen will.<sup>423</sup> Gerichte sind an das Grundgesetz gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG), weshalb die sich aus den Grundrechten ergebende Wertung bei der Auslegung der einfachen Gesetze zu beachten sind. Setzt man nun die Wertungen der positiven wie auch der negativen Vertragsfreiheit miteinander in Bezug und bringt sie

421 Hess, Insolvenzrecht § 76 Rn. 39; MüKoInsO/Ehricke § 76 Rn. 18; Braun-InsO/Braun/Herzig § 76 Rn. 8; Jaeger-InsO/Gerhardt § 76 Rn. 6; Nerlich/Römermann-InsO/Delhaes § 76 Rn. 3.

422 Hmb-Komm-InsO/Prefß/Hennigsmeyer § 178 Rn. 6; Hess, Insolvenzrecht § 176 Rn. 15.

423 Keller, Insolvenzrecht, 2006, Rn. 54.

im Wege praktischer Konkordanz in Einklang, ergibt sich das folgende Bild. Richtig ist natürlich, dass durch ein vereinbartes Schweigen dem Gläubiger ein optionaler Handlungszwang auferlegt wird. Demgegenüber ist zu bedenken, dass Handlungszwänge und (u. U. negative) Rechtsfolgen an passives Verhalten im Insolvenzrecht – wie gesehen – systemimmanent sind. Es entspricht den im Insolvenzrecht geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen und letztendlich auch den Grundsätzen von Treu und Glauben, wenn ein Gläubiger, der sich entsprechend der Dispositionsmaxime für die Anmeldung seiner Forderungen im Insolvenzverfahren entschieden hat, andererseits auch ein im Insolvenzplan vereinbartes Schweigen gegen sich gelten lassen muss, deren grundsätzliche Inhalte durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in richterlicher Argumentation herausgearbeitet worden ist. Mit anderen Worten, es geht um Vertrauensschutz. Und es besteht weder ein Anlass noch ein schützenswertes Interesse eines Gläubigers, der bereits nach allgemeinen Regeln des Insolvenzrechts vielerlei Einschränkungen bei Entscheidungen und Handlungsabläufen unterliegt, sich nun durch die Vereinbarung im Insolvenzplan auf einen unzulässigen Zugzwang zu berufen. Vielmehr ist es eine zwingende Folge eines Insolvenzverfahrens, dass bei einem auf gemeinsame Befriedigung aller Gläubiger ausgerichteten Vorgehen die Handlungs- und Gestaltungsoptionen der Gläubiger eingeschränkt werden.<sup>424</sup> Ungeachtet der Einordnung des Insolvenzverfahrens als freiwilliges oder Streitiges Verfahren vermittelt es den Gläubigern Teilnahmerechte.<sup>425</sup> Jedoch müssen sie, um ihre Rechte geltend machen oder jedenfalls wahren zu können, diese selbst auch wahrnehmen und entsprechend ihrer Befugnisse handeln. Passivität oder gar Säumnis im Insolvenzverfahren kann zu Rechtsverlusten führen. Ausschlussfristen sind der InsO bekannt und begegneten bereits zu Zeiten der GesO (§ 14 GesO) keinen grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>426</sup> Zwar hat der Gesetzgeber die Ausschlussfrist in Bezug auf Forderungsanmeldungen entschärft, und diese zeitlich uneingeschränkt zugelassen (§ 177 Abs. 1 InsO). Jedoch können Forderungen beim Insolvenzverwalter nur solange angemeldet werden, solange eine öffentliche Bekanntmachung und Ladung der Beteiligten zu einem mit dem Schlusstermin zu verbindenden nachträglichen Prüfungsstermin mit der Folge noch möglich ist, dass diese im Schlusstermin geprüft und zur Tabelle festgestellt werden können.<sup>427</sup> Wurde jedoch bereits ein Verteilungsverzeichnis veröffentlicht, führen nachträglich beim Insolvenzverwalter eingegangene Forderungsanmeldungen nicht zu einer Korrektur des Schlussverzeichnisses,

---

424 Paulus DZWIR, 1999, 53 (59).

425 Smid WM 1996, 1249 (1254).

426 BVerfG ZIP 95, 923.

427 Gerbers/Pape ZInsO 2006, 685 (687).

wodurch diese bei der anschließenden Verteilung nicht berücksichtigt werden. Es ist also durchaus denkbar, dass ein säumiger Gläubiger zwar noch eine Feststellung zur Insolvenztafel erreichen kann, jedoch an einer Verteilung nicht partizipiert. Nun vergleiche man auch die Situation mit der bereits durch den BGH<sup>428</sup> entschiedenen Konstellation, in der die Gläubiger wirksam bestrittener Forderungen binnen einer bestimmten Ausschlussfrist Tabellenfeststellungsklage erheben müssen, andernfalls die Forderung bei der Verteilung nicht berücksichtigt wird. Ein Gläubiger, der schweigt, fällt bei einer Schlussverteilung ohne Kompensationsmöglichkeit aus. Ein Gläubiger, der nach der hiesigen Planregelung schweigt, wird bei der Verteilung jedenfalls noch berücksichtigt.

Nach alledem erscheint eine Regelung über vereinbartes Schweigen unter Wahrung der grundrechtlich geschützten Vertragsfreiheit und des Beteiligungsrechts, jedoch mit der Maßgabe, Rechte aktiv verfolgen zu müssen, auch mit Blick auf die insolvenzrechtlichen Verfahrensziele der gleichmäßigen und gemeinschaftlichen Befriedigung sowie auf die Pflichten eines jeden Gläubigers und der damit im Zusammenhang stehenden Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hinnehmbar, angemessen und letztendlich als zulässiger Planinhalt im Sinne der §§ 231, 250 InsO gerechtfertigt.

### 3) Zwischenergebnis

Wir können festhalten, dass formell ein solcher Planeingriff, der nicht zur Bewältigung der Insolvenz insgesamt führt, als verfahrensbegleitender Plan zulässig ist. Die Planwirkung des Schweigens wäre auch materiell zulässig. Denn die Wirkungen einer solchen Planregelung beruhen auf dem vertragsrechtlichen Grundsatz, dass Schweigen dann einen Erklärungswert haben kann, wenn die Parteien dies zuvor entsprechend vereinbaren. Der Insolvenzplan ist ein zumindest vertragsähnliches Rechtsinstitut, weshalb auch im Insolvenzplan Rechtsfolgen an das Schweigen der Gläubiger geknüpft werden könne. Weder ist es für die Gläubiger in einem Insolvenzverfahren überraschend, im Fall einer Passivität an Verfahrensschritte oder –ergebnisse gebunden zu werden, noch sprechen eine Gesamtbewertung der Interessen der Beteiligten gegen eine solche Planregelung.

### cc) Ablehnung durch Widerspruch

Die Gläubiger haben ein Wahlrecht. Der Rechtsgedanke der zwingenden Vorschriften über die §§ 174 ff. InsO wird so gewahrt. Mit dem Plan wird weder die Forderung modifiziert, noch der Umfang der Tabelleneintragung, noch das

---

428 BGH ZInsO 2010, 1448.



Widerspruchsrecht abgeschnitten. Gläubiger, die nicht für die Wirtschaftlichkeit bzw. Sinnhaftigkeit der vorgeschlagenen Berechnungsmethode gewonnen werden können, müssen jedoch dem Vergleich zunächst ausdrücklich widersprechen. Nach § 178 Abs. 1 InsO gilt eine Forderung nur als festgestellt, soweit nicht der Insolvenzverwalter und auch kein Gläubiger widersprochen haben. Der Gläubiger der Forderung, der widersprochen wurde, muss Feststellungsklage gegenüber dem widersprechenden Gläubiger oder dem Insolvenzverwalter erheben und dies gegenüber dem Insolvenzverwalter nachweisen, andernfalls wird er bei der anschließenden Verteilung auch nicht durch Bildung einer Rückstellung berücksichtigt. Sollte bereits ein Titel vorhanden sein, bleibt es bei dieser Rechtsfolge, jedoch mit der Maßgabe, dass der widersprechende Gläubiger Feststellungsklage erheben muss und der Nachweis ihm obliegt.

Mittels Mehrheitsmacht werden keinerlei schützenswerte Rechtspositionen verändert oder zerstört. Es kann vielmehr jeder einzelne Gläubiger frei darüber entscheiden, ob er den Inhalt des Vergleiches für angemessen, wirtschaftlich oder praktikabel erachtet oder nicht.

### **d) Ermächtigung des Insolvenzverwalters (§ 160 InsO)**

Durch den Insolvenzplan wird der Insolvenzverwalter mit der Mehrheit der Gläubiger Vergleiche über die angemeldeten Insolvenzforderungen schließen und diese außer Streit stellen. So werden streitige Fragen kurzfristig einer angemessenen kaufmännischen Lösung zugeführt. Der Abschluss massenhafter Vergleiche hat jedoch unmittelbare und erhebliche Auswirkungen auf die Quotenerwartung der Gläubiger, da es einen wesentlichen Unterschied macht, ob bspw. die Erlöse auf 300 Mio. EUR oder 900 Mio. EUR zu verteilen sind. Deshalb könnte ein Fall des § 160 InsO gegeben sein, wonach für besonders bedeutsame Rechtshandlungen die Zustimmung des Gläubigerausschusses (sofern bestellt) oder der Gläubigerversammlung erforderlich ist. Mit Blick auf die genannten Regelbeispiele geht es im Wesentlichen um die Behandlung der Vermögensgegenstände und kostenauslösenden Maßnahmen des Insolvenzverwalters. Der Abschluss eines Vergleichs über eine Insolvenzforderung könnte formal nicht erfasst sein. Sinn und Zweck der Norm ist es jedoch, dass sich der Insolvenzverwalter in Bezug auf sämtliche Maßnahmen, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger unmittelbar erheblich beeinflussen, rechtfertigt und den Dialog mit den Gläubigern sucht, auch wenn eine Zustimmung oder Verweigerung keine Außenwirkung entfaltet.<sup>429</sup> Da die Befriedigungsaussichten der Gläubiger nicht nur durch eine effektive Vermögensverwertung (Mehrung der Aktivmasse) und einer guten Haushaltsführung beeinflusst werden, sondern eben

---

429 MüKoInsO/Görg/Janssen § 160 Rn. 36.



auch durch die fachgerechte Prüfung der angemeldeten Insolvenzforderungen (Bestimmung der Passivmasse), sollte der Insolvenzplan klarstellend eine Ermächtigung zum Abschluss dieser Vergleiche vorsehen.

#### **e) Gedankenexkurs: Opt-In-Modell für Aussonderungsberechtigte (Phoenix)?**

In der Phoenix Insolvenz beanspruchten die Anleger – als Ausfluss der ursprünglich vereinbarten Treuhandabrede – die Aussonderung der von ihnen investierten Gelder. Nach unumstrittener Auffassung zählen jedoch gerade die Aussonderungsberechtigten zu den nicht vom Plan Betroffenen.<sup>430</sup> Der Phoenix Insolvenzplan machte jedoch dahingehend keine Unterscheidung, weil der Insolvenzverwalter das Aussonderungsrecht der Anleger als nicht existent zurückwies. Später wurde diese Rechtsauffassung durch den BGH<sup>431</sup> auch bestätigt; im Zeitpunkt der Vorlage des Plans bestanden jedoch erhebliche Unsicherheiten, was nicht zuletzt gerade auch ein Grund für die Vorlage des Plans war.

Dem praktischen Bedürfnis zum Trotz muss man wohl anerkennen, dass eine Regelung in einem Insolvenzplan keinerlei Regelung in Bezug auf die Rechtsstellung nicht vom Plan Betroffener enthalten dürfe – selbst wenn die Rechte gerade umstritten sind. Zulasten der Rechtsstellung der Aussonderungsberechtigten können in dem gestaltenden Teil daher nur Regelungen getroffen werden, sofern die Betroffenen ausdrücklich zustimmen. Es fragt sich daher, ob die unsichere Rechtslage mithilfe von Optionen in einem Insolvenzplan allgemeinverbindlich bestimmt werden könne und zwar dergestalt, dass die schuldrechtlichen Vereinbarungen in den Insolvenzplan integriert werden. Wesentliche Voraussetzung ist selbstredend, dass die Mehrheit der Planregelung positiv gegenüberstehen.

Eine entsprechende Erklärung des Dritten könnte dem Insolvenzplan als Anlage beigelegt werden (§ 230 Abs. 3 Ins) – im Fall Phoenix modifiziert dadurch, dass lediglich ein Angebot auf ein Verzicht auf das Aussonderungsrecht unterbreitet wird. Dieser Weg dürfte rechtsdogmatisch gangbar sein. Ausweislich der Begründung des RegE zur InsO dient § 230 Abs. 3 InsO in erster Linie dazu, die Gläubiger über Verpflichtungen Dritter für den Fall der Planbestätigung zu informieren, damit diese die Tragweite erfassen und beurteilen können.<sup>432</sup> Solche planergänzenden Regelungen wurden zuweilen als bilaterale Verträge bezeichnet.<sup>433</sup> Sie sind vom gestaltenden Teil strikt zu unterscheiden,

<sup>430</sup> BT-Drs. 12/2443, 195; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 579–581; Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, Seite 152, Rn. 8.33; HK-InsO/Flessner § 221 Rn. 2; FK-InsO/Jaffé § 217 Rn. 61; Andres/Leithaus/Dahl/Andres § 217 Rn. 2.

<sup>431</sup> BGHZ 188, 317 = NJW-RR 2011, 779.

<sup>432</sup> BT-Drs. 12/2443, 204.

<sup>433</sup> Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 104, Rn. 358 ff.

obgleich sie ähnlich wie der gestaltende Teil Rechtswirkungen erzeugen. Die Rechtswirkungen werden jedoch, wie bei einem schuldrechtlichen Vertrag auch, nur zwischen den Personen erzeugt, die an der Abrede beteiligt sind – daher bilateral.

Die Zulässigkeit ergibt sich u.a. aus § 257 Abs. 2 InsO i.V.m. § 230 Abs. 3 InsO, wonach aus einem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan auch gegen einen Dritten wie aus einem Urteil die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann, wenn dieser durch eine beim Insolvenzgericht eingereichte schriftliche Erklärung für die Erfüllung des Plans neben dem Schuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen hat. Eine individualvertragliche Regelung muss also nicht außerhalb des Planverfahrens vereinbart werden. Möglich bleibt dieser Weg dennoch. Jedoch bietet es sich im Ergebnis an, die schuldrechtlichen Vereinbarungen in den Insolvenzplan zu integrieren, die Erklärung im Abstimmungstermin abzugeben oder die Willenserklärung vergleichbar mit den Planvergleichen nachträglich abzugeben. Solche Erklärungen können auch nach Planbestätigung abgegeben werden. Eine andere Frage ist, dass ohne eine verbindliche Erklärung des Dritten der Ausgang der Abstimmung über den Insolvenzplan schwer kalkuliert werden kann. Denn die Gläubiger können sich gerade nicht ein umfassendes Bild über die Verpflichtungen der nicht durch den Plan zwangsweise Unterworfenen machen. Insofern wäre die Abgabe der Erklärung der vermeintlichen Aussonderungsberechtigten als Planbedingung im Sinne des § 249 InsO zu formulieren, so dass der Insolvenzplan erst ab einer bestimmten „Zustimmungsquote“ bestätigt werden kann.

Angewandt auf den Insolvenzfall Phoenix bedeutet das, dass es erneut nur um ein Angebot geht, das der nicht durch den Plan zwangsweise Betroffene (der vermeintlich Aussonderungsberechtigte) nach der Planbestätigung annehmen kann. Im Unterschied zum Vergleichsangebot an die Insolvenzgläubiger müssen die Beteiligten aber über ein Opt-In-Modell gebunden werden. Denn durch die fehlende Bindungswirkung des Plans für Aussonderungsberechtigte kann auch ein Schweigen nicht als vereinbart gelten. Die Gläubiger der vermeintlichen Aussonderungsrechte erhalten die Möglichkeit, den Verzicht auf ihr (streitiges) Aussonderungsrecht zu erklären. Für diesen Fall nehmen sie als Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren teil. Aussonderungsberechtigte, die weiterhin ihr Sonderrecht geltend machen wollen, werden außen vor gelassen. Der zu Grunde liegende Geldbetrag, der ggfs. der Aussonderung unterliegen würde, kann für eine Verteilung nicht genutzt werden und ist zu separieren. Damit ein hinreichender Geldbetrag überhaupt verteilt werden kann, wird als Planbedingung vereinbart, dass ein gewisser Prozentsatz der vermeintlichen Aussonderungsberechtigten den Vergleich angenommen hat. Der durch die

Gläubiger angenommene Insolvenzplan wird nicht bestätigt, wenn der Prozentsatz nicht erreicht wird.

Auf den Gestaltungsspielraum und die Dispositionsbefugnis der Gläubiger im Planverfahren gemäß § 217 S. 1 InsO kommt es nicht an, denn es geht nicht um eine zwangsweise Regelung, die durch Mehrheitsmacht durchgesetzt werden soll, denen ein unbeteiligter Dritter unterworfen werden soll.

### 3. Korrektur der Insolvenztabelle

Sobald die Frist abgelaufen ist, in der sich die Gläubiger für oder gegen das Vergleichsangebot entscheiden mussten, wertet der Insolvenzverwalter die Rückmeldungen aus. Durch die Vereinbarung eines Opt-Out Modells erhält der Insolvenzverwalter einen lückenlosen Überblick darüber, welche Forderungen entsprechend des Vergleiches zur Insolvenztabelle festzustellen sind. Die angemeldeten Forderungen werden dann nach der im Vergleich festgelegten Berechnungsmethode in der Insolvenztabelle berücksichtigt und entsprechend korrigiert. Dabei erfolgt eine Korrektur nur soweit der Vergleich dies vorsieht, und zwar dergestalt, dass für die bereits geprüften und vorläufig bestrittenen Forderungen der Insolvenzverwalter den Widerspruch für einen bestimmten Teil der Forderung zurücknimmt. Im Übrigen bleibt die Forderung endgültig bestritten. Durch die Annahme des Vergleichs erklärt der Gläubiger den Verzicht auf die gerichtliche Feststellung des streitig gebliebenen Forderungsanteils. Ebenso unberührt bleiben Widersprüche anderer Gläubiger. Deshalb wäre vorzuschlagen, in das Vergleichsangebot auch aufzunehmen, dass die bereits erhobenen Widersprüche eines Gläubigers (was eher selten der Fall ist) gleichfalls als zurückgenommen gelten.

### 4. Durchführung der Verteilung

Es folgt die Verteilung, die im Wesentlichen keinen Besonderheiten unterliegt.

#### a) Rückgriff auf die Insolvenztabelle

Die nunmehr festgestellten Forderungen bilden die Grundlage für die Verteilung. Der Grundsatz der Gleichbehandlung und der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger gebietet, dass keinerlei Zahlungen auf Gläubigerforderungen geleistet werden dürfen, solange nicht ein zuverlässiger Überblick über die tatsächlichen Verbindlichkeiten des Schuldners möglich war.<sup>434</sup> Nachdem mithilfe der Vereinbarungen ein zuverlässiger Überblick über die fest-

---

<sup>434</sup> Nerlich/Römermann-InsO/*Westphal* § 187 Rn. 3.

zustellenden Forderungen ermöglicht wurde, kann der Insolvenzverwalter ein Verteilungsverzeichnis aufstellen und dem Gericht übersenden sowie die Summe der Forderungen und den für die Verteilung verfügbaren Betrag dem Insolvenzgericht anzeigen (§ 188 InsO). Grundlage des Verteilungsverzeichnisses sind alle geprüften und festgestellten Forderungen der Insolvenztabelle, die uneingeschränkt zu berücksichtigen sind, und zwar unabhängig davon, wann und auf welche Art und Weise die Feststellung erfolgte. Der Feststellung steht nämlich die Rücknahme des Widerspruchs gleich. Bereits erhobene Widersprüche anderer Gläubiger bleiben, soweit das Vergleichsangebot keine anderweitige Regelung vorsieht, hiervon unberührt. Das Gericht wird das Verteilungsverzeichnis auf der Geschäftsstelle zur Einsicht der Beteiligten niederlegen und die angezeigte Summe der Forderungen und den für die Verteilung verfügbaren Betrag öffentlich bekannt machen (§ 188 S. 3 InsO).

### **b) Berücksichtigung der ablehnenden Gläubiger**

Für die Gläubiger mit nach wie vor bestrittenen Forderungen gelten die §§ 189 ff. InsO. Dadurch läuft mit der öffentlichen Bekanntmachung auch die Zweiwochenfrist des § 189 InsO. Danach werden die Forderungen bei der Verteilung berücksichtigt, soweit der Gläubiger der bestrittenen Forderung rechtzeitig, d. h. innerhalb der Zweiwochenfrist, den Nachweis erbringt, dass und für welchen Betrag er die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in einem früher anhängigen Rechtsstreit aufgenommen hat. Für diesen Fall werden entsprechende Rückstellungen gebildet. Natürlich ist es bei einer geplanten Abschlagsverteilung auch denkbar, eine Rückstellung bereits für den Fall zu bilden, dass der Gläubiger lediglich widersprochen hat. Hierüber würde man die widersprechenden Gläubiger nicht in das Klageverfahren zwingen. Inwieweit diese sehr gläubigerfreundliche Regelung Sinn macht, müsste im Einzelfall beurteilt werden. Maßstab der Rückstellung ist in jedem Fall die fiktive Quote unter Berücksichtigung der vom Gläubiger geltend gemachten Forderung im Verhältnis zu den verbliebenen Forderungen, gemessen am zur Verfügung stehenden Verteilungsbetrag.

Durch die §§ 189 bis 192 InsO ist das Verteilungsverzeichnis u. U. wegen nachträglicher Berücksichtigung nicht titulierter, bestrittener Forderungen nachträglich zu ändern. Die Änderung des Verteilungsverzeichnisses erfolgt in dem auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts niedergelegten Exemplar.<sup>435</sup> Nachdem das Verteilungsverzeichnis korrigiert wurde und die Fristen zur Erhebung der Feststellungsklage abgelaufen sind, kann der Insolvenzverwalter auf einer gesicherten Grundlage verteilen.

---

435 Nerlich/Römermann-InsO/*Westphal* § 188 Rn. 24.

Die Gläubiger von festgestellten Forderungen erhalten eine Zahlung, während die Gläubiger, die den Nachweis rechtzeitig erbracht haben, in Form von Rückstellungen berücksichtigt werden. Wird der Nachweis hingegen nicht rechtzeitig erbracht, wird die Forderung bei der Verteilung nicht berücksichtigt (§ 189 Abs. 3 InsO).

### c) Berücksichtigung von Nachzüglern

Im Grundsatz werden Gläubiger nicht angemeldeter Forderungen nicht vom Verfahren ausgeschlossen, aber den gleichen Wirkungen unterworfen wie die übrigen Plangläubiger (§ 254b InsO) und könnten sie somit nach Aufhebung des Verfahrens geltend machen.<sup>436</sup> Die Norm dient dem Schutz vor einer gezielten Umgehung der Wirkungen eines Insolvenzplans durch bloße Passivität seitens eines Gläubigers nebst anschließender voller Geltendmachung seiner Forderung.<sup>437</sup> Der Insolvenzplan ist hinsichtlich dieser Wirkung vergleichbar mit einem Gesetz, an deren Erlass der Bürger unmittelbar auch nicht beteiligt ist, aber den Wirkungen unterworfen ist, soweit es ihn betrifft. Die Legitimation erfolgt über die Regelungen der InsO, nach denen einzelnen Gläubigern die Macht zugesprochen wird, für die Mehrheit der Gläubiger zu entscheiden. Die Rechtsstellung des Gläubigers ist unabhängig von der Anmeldung der Forderung, weshalb er auch den Wirkungen unterfällt. Deshalb werden nicht angemeldete Forderungen von den Planwirkungen grundsätzlich erfasst. Das bedeutet streng genommen aber auch, dass sie ihre Forderung bereits ab Rechtskraft des Plans, im Falle eines verfahrensbegleitenden Insolvenzplans also noch während der Dauer des eröffneten Verfahrens, geltend machen könnten. Die Nachzügler wären aber an der Durchsetzung ihres Anspruchs insofern gehindert, als dass sie ihre Forderungen zur Tabelle anmelden müssten (§ 87 InsO). Daraus folgt, dass Gläubiger nicht angemeldeter Forderungen nicht von der im Plan geregelten Verteilung partizipieren aber zugleich ihr Schweigen als Zustimmung zum Berechnungsmodus gegolten hätte. Hierin könnte eine Umgehung der Schutzvorschriften der §§ 174 ff. InsO vorliegen, da ihnen der Berechnungsmodus ohne Handlungsoption aufoktroziert worden wäre. Um dies zu vermeiden, könnte im Plan vereinbart werden, dass die Planregelungen ausschließlich für Gläubiger gelten sollen, die Forderungen angemeldet haben. Die Frist für die Ausübung des Widerspruchsrechts hat nie zu laufen begonnen, weshalb keine Nachteile drohen. Sie beginnt erst mit der Unterrichtung des betroffenen Gläubigers. Unabhängig davon sollte der Insolvenzplan eine Öffnungsklausel bzw. eine Klarstellung enthalten. Gläubiger, deren Forderungen erst im weite-

<sup>436</sup> Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1176).

<sup>437</sup> Breutigam/Kahlert ZInsO 2002, 469 (471).

ren Verfahrensgang zur Insolvenztabelle angemeldet werden, wird der Insolvenzverwalter nach dem nachträglichen Prüfungstermin anschreiben und so im Sinne des Plans unterrichten und sie unter Setzung der im Plan vorgesehenen Frist auffordern, sich für oder gegen den Vergleich zu entscheiden, wobei Schweigen wie vereinbart als Zustimmung gilt. Die Gläubiger müssen für den Fall des Widersprechens aber keine Feststellungsklage erheben, da sie von der Abschlagsverteilung zulässig ausgeschlossen wurden (§ 189 Abs. 3 InsO). Eine Korrektur der Forderungsanmeldung entsprechend des Planvergleichs hätte nur Auswirkungen auf die Schlussverteilung mit Beendigung des Insolvenzverfahrens. Denn Gläubiger bestrittener Forderungen, die den Nachweis nicht rechtzeitig erbracht haben, sowie die Gläubiger, die vor Beendigung des Insolvenzverfahrens Forderungen geltend machen und beim Insolvenzverwalter anmelden, erhalten im Rahmen der Schlussverteilung einen Betrag, der sie mit den übrigen Gläubigern gleichstellt (§ 192 InsO).

Die Schlussverteilung an die Insolvenzgläubiger erfolgt auf Basis des Schlussverzeichnisses. Damit besteht für die Gläubiger nachträglich angemeldeter Forderungen die Möglichkeit, dass sie bei der Schlussverteilung den auf sie entfallenden quotalen Anteil gemessen an ihrer Forderung entsprechend der Vergleichsregelung vorweg erhalten und mit den anderen Gläubigern gleichgestellt werden. Die Gläubiger tragen jedoch das Risiko, dass bei der abschließenden Verteilung keine hinreichenden Barmittel vorhanden sind.

Dennoch müssen diese Forderungen in einem formalen nachträglichen Prüfungstermin geprüft und festgestellt werden. Lediglich der Streit über die Forderungshöhe könnte über den Vergleichsvorschlag geregelt werden. Gläubiger, die bereits ursprünglich den Vergleich angenommen hatten und von einer Abschlagsverteilung profitierten und aufgrund dieser Regelung keine weiteren Gelder erhalten, werden auch nicht unangemessen benachteiligt. Dieses Ergebnis entspricht vielmehr der gesetzlichen Intention. Die Situation ist vergleichbar mit der, dass der nachträglich anmeldende Gläubiger von Anfang an am Verfahren beteiligt gewesen wäre.

### **d) Gestaltungsalternative: Plandispositivität des § 192 InsO?**

Ungeachtet der Berücksichtigung bei einer Schlussverteilung könnte § 192 InsO auch abbedungen werden – und zwar zulasten der Gläubiger von nachträglich angemeldeten Forderungen als auch zulasten derjenigen Gläubiger, die den Vergleichsvorschlag nicht akzeptiert haben und auch nicht rechtzeitig Klage erhoben haben und somit nach § 192 InsO bei der Schlussverteilung vorab gleichgestellt werden würden.

Dadurch, dass die Norm abbedungen wird, wird die Insolvenzmasse bei einer weiteren Abschlagsverteilung bzw. bei einer Schlussverteilung gleich-



mäßig an die ursprünglich zustimmenden (schweigenden) Gläubiger, an die Nachzügler und die Gläubiger, die nach Ablauf der Frist Feststellungsklage erhoben haben, verteilt. Umgekehrt bedeutet das, dass weitere Einnahmen aus der Verwertung von Vermögensgegenständen nicht für Gläubiger von nachträglich zu berücksichtigenden Forderungen aufgezehrt werden. Dies fördert die Zustimmungsbereitschaft bzw. die Bereitschaft, innerhalb der Frist Feststellungsklage zu erheben bzw. dadurch wird im Sinne einer pragmatisch und wirtschaftlich sinnvollen Lösung die Zustimmung der „unentschlossenen“ Gläubiger gefördert, so dass voraussichtlich tatsächlich nur die von ihrer angemeldeten Forderungshöhe „überzeugten“ Gläubiger den Vergleich ablehnen. Bei höchst streitigen Rechtsverhältnissen in Bezug auf die Forderung muss der Gläubiger einkalkulieren, auch in einem streitigen Prozess zu unterliegen und dann nicht nur mit einer geringeren als im Vergleich vorgeschlagenen Forderung am Insolvenzverfahren beteiligt zu sein, sondern auch im Ergebnis eine geringere Quote zu erhalten.

Es ist zulässig, § 192 InsO zu modifizieren bzw. abzubedingen, da sie die Verteilung zum Gegenstand hat und bereits aufgrund des Wortlauts des § 217 InsO plandispositiv ist.<sup>438</sup> Dagegen könnte sprechen, dass die Versäumung der Anmeldefrist gerade nicht zu einer Präklusion führt. § 177 Abs. 1 S. 2 InsO lässt ausdrücklich die Anmeldung auch nach dem Prüfungstermin zu. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Jedoch wird hierbei übersehen, dass die Verfahrensabschnitte Forderungsfeststellung und Verteilung nicht zwingend ineinandergreifen. Das ist dann der Fall, wenn nachträgliche Anmeldungen die Anberaumung eines weiteren besonderen Prüfungstermins erforderlich machen. Die Prüfung der nachträglich angemeldeten Forderungen kann bspw. mit dem Schlusstermin verbunden werden. Jedoch wird vor dem Schlusstermin das Verteilungsverzeichnis erstellt und öffentlich bekannt gemacht. Zu diesem Zeitpunkt ist die nachträglich angemeldete Forderung noch nicht geprüft und konnte somit auch nicht in das Verteilungsverzeichnis aufgenommen werden. In der Folge kann die Forderung unabhängig vom Ausgang der Prüfung nicht an der Verteilung teilnehmen. § 177 Abs. 1 S. 2 InsO sichert damit nicht das Teilhaberecht an der Insolvenzmasse, sondern das Recht auf Vollstreckung, da der Gläubiger nach Abschluss des Verfahrens über die Titelfunktion des Tabellenauszuges seine Forderung weiter betreiben könnte. Gläubiger gehen darüber hinaus nicht mit ihren Forderungen verlustig, sondern verlieren nur ihr Teilhaberecht an der Insolvenzmasse, weshalb die vorgeschlagene Planregelung insgesamt als angemessen erscheint.

<sup>438</sup> Zur zulässigen Vereinbarung einer Ausschlussfrist zur Erhebung einer Tabellenfeststellungsklage BGH ZInsO 2010, 1448.



### **III. Verfahrensfragen**

Gegenstand der bisherigen Ausführungen waren die Idee, das Konzept und praktische Fragen der Umsetzung. In den Mittelpunkt der nun folgenden Erläuterungen rücken nun die Fragen rund um das Verfahren, vor allem der Planbestätigung und dem Schutz der Individualrechte.

#### **1. Planvorlagerecht (§ 218 InsO)**

Zur Vorlage eines Insolvenzplans an das Insolvenzgericht sind einerseits der Insolvenzverwalter und andererseits der Schuldner berechtigt. Die Gestaltung des Optionsplans bleibt jedoch dem Insolvenzverwalter vorbehalten. Möchte der Schuldner einen solchen Plan vorlegen, kann er den Insolvenzverwalter über einen Insolvenzplan nicht binden, was aber gerade erforderlich ist, da dieser den Forderungen (vorläufig) widersprochen hat. Eine Abstimmung mit dem Insolvenzverwalter und Vorlage durch diesen ist zwingend erforderlich.

#### **2. Verfahrensbegleitende Wirkung?**

Hauptanwendungsfall dürfte mit Blick auf das Verfahren Phoenix wohl die Regelung einer ersten Verteilung bei gleichzeitig fortgesetzter Verfahrensabwicklung in Liquidationsfällen sein. Für den Fall, dass weiteres Vermögen verwertet werden muss, der Optionsplan somit nicht in der Beendigung des Verfahrens münden soll, muss der Insolvenzplan die verfahrensbegleitende Wirkung ausdrücklich vorsehen (§ 258 Abs. 1 InsO). Die Verfahrensabwicklung richtet sich dann nach den Vorschriften des Regelverfahrens, soweit der Insolvenzplan keine Modifizierungen vorgesehen hat.

Ein Optionsplan in Liquidationsfällen bei abgeschlossener Verwertung des Vermögens, der in der Beendigung des Insolvenzverfahrens münden soll, ist dennoch denkbar. Doch auch in diesen Fällen folgt der rechtskräftigen Bestätigung die durch den Plan vorbereitete Schlussverteilung (Entscheidung für oder gegen den Vorschlag, Verteilung, etc.), die vor Aufhebung des Verfahrens umgesetzt wird. Genau genommen handelt es sich auch hier um einen verfahrensbegleitenden Plan.

Im Falle einer übertragenden Sanierung, bei der es sich um einen Unterfall der Liquidation handelt, tauchen gleichfalls keine Probleme auf. Schwieriger könnte es in Konstellationen werden, in denen eine Sanierung des insolventen Schuldners angestrebt ist und durch den Insolvenzplan zugleich sämtliche Insolvenzgründe beseitigt werden sollen. Eine verfahrensbegleitende Sanierung des Rechtsträgers ist durch den fehlenden Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Schuldner nicht sinnvoll. Das Verfahren muss hierfür schnellstmöglich aufgehoben werden. Doch auch ein solch verfahrensbe-

dender Optionsplan für die Zwecke der Sanierung und Verteilung ist denkbar. Schwerpunkt der Sanierung ist regelmäßig der Schuldenschnitt, der ungeachtet der festgestellten Schuldenmasse möglich ist. Betrachtet man die Situation, in der (bekannte) Massenschäden reguliert werden sollen, die jedoch der Höhe nach nicht bestimmt werden können, können die zur Auswahl gestellten Handlungsmöglichkeiten über Optionen ein geeignetes Mittel zur Insolvenzbewältigung darstellen. Einen Königsweg dürfte es aufgrund der Vielfalt der denkbaren Konstellationen wohl nicht geben. So wäre es zulässig, die Wahl zwischen Annahme und Ablehnung des Vergleichs und anschließender Verteilung im eröffneten aber auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens durchzuführen. Wird dieses Prozedere nach Aufhebung des Verfahrens durchgeführt, besteht lediglich nicht mehr die Möglichkeit, die zur Tabelle festgestellte Forderung titulieren zu lassen. Doch gerade daran besteht kein Interesse und ist deshalb dann unerheblich, wenn der Insolvenzplan eine Abgeltungsklausel vorsehen soll, also die Forderung in Höhe der Planquote erfüllt und im Übrigen als erloschen gelten soll. Gerade eine solche Klausel wird in Fällen von bekannten Massenschäden ein wesentliches Planziel sein, um sich von den diversen der Höhe nach unbestimmten Forderungen vollständig entledigen zu können. Gläubiger, die den exakten Bestand der Forderung gerichtlich bestimmen lassen wollen, können sich dem Forderungsverzicht nicht entziehen. Jedoch ist aus Gründen der Wertgarantie und des Minderheitenschutzes ein finanzieller Ausgleich zu leisten, nämlich für den Fall, dass die Forderung höher als im Vergleichsangebot angegeben festgestellt werden sollte. Der Vorteil zum Regelverfahren und den dort gebildeten Rückstellungen im Falle der streitigen Feststellung besteht darin, dass der angebotene finanzielle Ausgleich nach anderen Kriterien bestimmt werden kann. Denn Grundlage und Maßstab ist nicht die angemeldete Forderung, sondern eine Prognoseentscheidung.

### 3. Planbestätigung

Der Insolvenzplan bedarf der Bestätigung durch das Insolvenzgericht (§ 248 InsO). Das Erfordernis der Bestätigung wird durch eine Vorprüfung durch das Gericht mit Einreichung des Plans (§ 231 InsO) und einer gerichtlichen Überprüfung von Verfahrensverstößen nach der Abstimmung (§ 250 InsO) mit Inhalt gefüllt. All dies sichert ein rechtsstaatliches Verfahren ab und erfolgt von Amts wegen. Um aber auch dem verfassungsrechtlichen Gebot des Eigentumschutzes in Art. 14 GG Rechnung tragen zu können, gewährleistet die InsO den Schutz einzelner Gläubiger davor, dass sie von den anderen in ihrer Gruppe überstimmt werden, und es so gemäß § 244 InsO zu einer für sie nachteil-

gen Annahme des Insolvenzplans kommt (Minderheitenschutz)<sup>439</sup>; dies jedoch – entgegen der von Amts wegen zu erfolgenden gerichtlichen Prüfung – nur auf Antrag.

### a) Gerichtliche Überprüfung (§§ 231, 250 InsO)

Die Beteiligten des Insolvenzverfahrens entscheiden eigenverantwortlich, inwieweit die Ziele des Insolvenzverfahrens mithilfe eines Insolvenzplans gegebenenfalls besser erreicht werden könnten. Von ihnen geht deshalb auch die Initiative aus (§ 218 InsO). Als Ausfluss der Rechtsstaatlichkeit bedarf der Insolvenzplan dann aber zumindest der gerichtlichen Bestätigung, wodurch ein Mindestmaß an Vertrauensschutz in das ordnungsgemäße Zustandekommen des Insolvenzplans sichergestellt wird.<sup>440</sup> In der Praxis wird dies dadurch umgesetzt, dass das Insolvenzgericht den Insolvenzplan zunächst vor dem Abstimmungsverfahren auf grobe Fehler untersucht (§ 231 InsO). Nach dieser Vorschrift hat das Gericht den eingereichten Plan hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit den Vorschriften über das Recht zur Vorlage und den Inhalt des Plans zu prüfen.<sup>441</sup> Weil im Abstimmungstermin noch Änderungen des Plans möglich sind (§ 240 InsO) und auch das Planverfahren an sich noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung war, bedarf der Insolvenzplan einer erneuten gerichtlichen Kontrolle, bei der dann Verfahrensfragen wie auch nachträgliche Änderungen den Vorschriften über den Inhalt des Plans betrachtet werden (§ 250). Hinsichtlich der Vorschriften über den Inhalt des Plans decken sich § 231 InsO sowie § 250 InsO. Weil die Erörterung und die Abstimmung erst nach der Vorprüfung erfolgen und somit selbst nicht Gegenstand derselben sein konnten, erweitert § 250 InsO die gerichtliche Prüfung und erstreckt sich gemäß Nr. 1 darüber hinaus auf die Überprüfung der verfahrensmäßigen Behandlung und auf die Überprüfung der Vorschriften über die Annahme durch die Gläubiger als auch über die Zustimmung des Schuldners. In § 250 Nr. 2 ist ferner vorgesehen, dass die Bestätigung zu versagen ist, wenn die Annahme des Plans unlauter, d. h. unter Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herbeigeführt worden ist.<sup>442</sup> Das Gericht muss also umfassend in formeller und materieller Hinsicht prüfen, ob die Vorschriften der InsO und sonstigen Normen eingehalten wurden.<sup>443</sup> Die gerichtliche Entscheidung ergeht per Beschluss (§ 248 InsO).

439 Braun-InsO/Frank/Braun § 251 Rn. 1.

440 MüKoInsO/Sinz § 250 Rn.1.

441 Uhlenbruck-InsO/Streit/Lüer § 250 Rn. 8.

442 Braun-InsO/Frank/Braun § 250 Rn. 8.

443 Rendels/Zabel, Insolvenzplan, 2013, S. 138, Rn. 475.

Gemessen an diesen Vorgaben liegt ein Verstoß gegen Regelungen zum Inhalt eines Insolvenzplans im Sinne der §§ 231, 250 InsO beim Optionsplan offenkundig nicht vor. Die Regelungen beschränken sich sehr auf unstreitig zulässige Möglichkeiten der Modifizierung des Feststellungsverfahrens und lehnen sich sehr stark an das Regelverfahren an. Die wenigen Planregelungen wirken daher rein organisatorisch und sind auf die Abwicklung massenhafter Vergleiche beschränkt. Da diese Regelungen das Planverfahren selbst nicht modifizieren sind Verstöße gegen Planverfahrensvorschriften, die allein bedingt durch die Planregelungen selbst sind, nicht denkbar.

### **b) Minderheitenschutz: Die insolvenzrechtliche Wertgarantie (§ 251 InsO)**

Hat das Insolvenzgericht den Insolvenzplan im Rahmen der gerichtlichen Vorprüfung (§ 231 InsO) nicht zurückgewiesen und gelangt zu der Auffassung, dass der Insolvenzplan auch nach der Erörterung und positiven Abstimmung nicht gegen Verfahrensvorschriften verstößt und zu bestätigen wäre (§ 250 InsO), ist die Bestätigung dennoch gefährdet, wenn ein Gläubiger oder, wenn der Schuldner keine natürliche Person ist, eine am Schuldner beteiligte Person, die Zurückweisung beantragt, dem Plan spätestens im Abstimmungstermin widersprochen hat und durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde (§ 251 Abs. 1 InsO) und die hierfür ursächlichen Tatsachen noch im Abstimmungstermin glaubhaft macht (§ 251 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO). Liegen diese Voraussetzungen vor, versagt das Insolvenzgericht die Bestätigung.

Der Grund hierfür ist, dass trotz der mehrheitlichen Zustimmung selbstredend nicht sichergestellt ist, dass der Plan auch die Interessen der überstimmten Minderheit hinreichend berücksichtigt. Immerhin gab es einen Grund, nicht von den Regelungen überzeugt worden zu sein. Die Wirkungen des Plans gelten aber auch bzw. insbesondere für die Gläubiger, die dem Plan widersprochen haben (§ 254b InsO).

Auf den Optionsplan gemünzt bedeutet das, dass – auch wenn im Insolvenzplan formal vereinbart werden kann, dass eine Erklärung durch Schweigen als konkludent abgegeben gilt – es eine andere hier zu untersuchende Frage ist, ob ein Gläubiger hierdurch schlechter gestellt wird. Denn das Gesetz enthält zur Absicherung eine Wertgarantie für die Beteiligtenrechte<sup>444</sup>, knüpft diese jedoch an formelle und materielle Voraussetzungen. Um eine Schlechterstellung festzustellen, muss das Gericht eine Prognoseentscheidung treffen, weil es um eine Bewertung zukünftiger Ergebnisse geht, was sich im Wortlaut („voraussichtlich“) widerspiegelt. Ohne Insolvenzplan wäre das Verfahren als

---

444 BGH ZIP 2009, 1384; Bork ZZP 1996, 473 (479).

Regelverfahren fortgeführt und beendet worden. Vergleichsmaßstab ist somit das fiktive Ergebnis eines gedanklich durchgespielten Regelverfahrens.

Bei dem zu Grunde liegenden Optionsplan in Liquidationsfällen besteht nun die Besonderheit darin, dass die zu verteilenden Erlöse im Vergleich zum Regelverfahren identisch sind. Es ist weder eine Sanierung des Insolvenzschuldners angestrebt, noch wird die Verwertung modifiziert. Das Ziel des Optionsplans ist lediglich eine zügige Verteilung der Insolvenzmasse auf die zur Insolvenztabelle festgestellten oder kurzfristig bestimmbaren Forderungen der Gläubiger. Allein aufgrund des gewährten Wahlrechts kann kein Gläubiger wirtschaftlicher schlechter gestellt sein, als er ohne Plan stünde. Würde eine Abschlagsverteilung im Regelverfahren durchgeführt werden, würde er gleichfalls nur insofern partizipieren, als dass in Höhe seiner fiktiven Quote eine Rückstellung gebildet wird, soweit er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Gläubiger muss sich ganz im Sinne einer Wahl entscheiden. Andernfalls fällt er bei der Abschlagsverteilung aus. Es bleibt ihm lediglich die Chance, im Rahmen der Schlussverteilung vorab gleichgestellt werden zu können.

Lediglich das Opt-Out Modell führt formal betrachtet zu einer Änderung der Verfahrensweise und damit ggfs. zu einer Schlechterstellung des Gläubigers, weil er nun durch das Nichtstun eine Erklärung abgibt. Auswirkungen hat dies wie folgt. Nähme der Insolvenzverwalter eine Abschlagsverteilung vor und der Gläubiger einer bestrittenen Forderung schweigt (= er erfüllt die gesetzlichen Voraussetzungen des § 189 InsO nicht), würde seine Forderung bei der Verteilung nicht berücksichtigt. Bei der nach dem Optionsplan vorgesehenen Verteilung erhält der Gläubiger in diesem Fall jedoch eine Ausschüttung, wenn er schweigt (= er erklärt konkludent die Annahme des Vergleichs, wodurch seine Forderung festgestellt, also in der Tabelle korrigiert und damit uneingeschränkt ins Verteilungsverzeichnis aufgenommen wird). Während der weiteren Abwicklung des Regelverfahrens ist es dem Gläubiger nicht mehr möglich, ein Streitiges Verfahren über den Bestand und die Höhe der Forderung zu führen.

Wahlrechte und Optionen, die durch Schweigen konkludent gezogen werden, führen jedoch zu keiner Schlechterstellung. Dem Antragsteller wird keine Verfahrensposition entzogen, er muss diese nur auf eine andere Art und Weise realisieren, möchte er individuell sein Beteiligungsrecht erstreiten. Im Ergebnis kommt es darauf aber auch nicht an. Denn eine etwaige Schlechterstellung aufgrund verfahrensrechtlicher Gegebenheiten ist unbeachtlich.<sup>445</sup> Maßgeblich sind vielmehr rein wirtschaftliche Gesichtspunkte.<sup>446</sup> Es ist nicht nur unerheb-

---

<sup>445</sup> FK-InsO/Jaffé § 251 Rn. 10; dort Unbeachtlichkeit in Bezug auf eine falsche gerichtliche Stimmrechtsentscheidung.

<sup>446</sup> MüKoInsO/Sinz § 251 Rn. 28; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 245 Rn. 5.

lich, dass ein Gläubiger etwas anderes angeboten bekommt, als er bei einer Regelabwicklung zu erwarten hätte, sondern auch, wenn er es auf eine andere Art und Weise erhält, weil das der Idee und dem Sinn und Zweck des Insolvenzplans, also abweichende Regelungen vereinbaren zu können, widersprechen würde. Einzig und allein entscheidend ist, ob der Gläubiger wirtschaftlich schlechter gestellt wird, also einen Schaden erleidet. Da das Wahlrecht bei der vergleichenden Betrachtung als allenfalls verfahrensrechtliche Modifikation nicht von der Wertgarantie umfasst ist und damit außen vor bleibt, kann der Gläubiger durch den Insolvenzplan in keinem Fall einen wirtschaftlichen Schaden erleiden. Denn die Höhe des zu verteilenden Erlöses ist identisch und die Höhe des tatsächlichen Verteilungsbetrags ist unabhängig von der Planregelung. Die vielen Gläubiger der bestrittenen Forderungen könnten sich theoretisch auch im Regelverfahren individuell mit dem Insolvenzverwalter einigen, was unmittelbar Auswirkungen auf die Quote des betreffenden Gläubigers hätte. Gegenstand der Prognoseentscheidung kann daher nur der wirtschaftliche Wert des eigenen Forderungsrechts sein. Auf dieses wird aber gerade nicht zugegriffen. Denn entweder verfolgt der Gläubiger sein verfassungsrechtlich geschütztes Forderungsrecht, andernfalls akzeptiert er den angebotenen Vergleichsvorschlag und erhält kurzfristig eine Zahlung auf seine Forderung. Weil eine Schlechterstellung nach Abs. 1 in diesen Fällen praktisch ausgeschlossen ist, erübrigt sich die Notwendigkeit, Mittel nach § 251 Abs. 3 InsO bereitzustellen.

### IV. Zusammenfassung

Der Optionsplan gliedert die Forderungsfeststellung aus dem Insolvenzplan aus, indem er ein Vergleichsangebot an alle Gläubiger beinhaltet, das bestimmt, wie die streitigen Forderungen berechnet und festgestellt werden. Dieses Vergleichsangebot soll von jedem Gläubiger angenommen, aber auch abgelehnt werden können und nur die zustimmenden Gläubiger binden. Erst hier weicht die hier vorgeschlagene Planlösung vom Phoenix-Plan ab. Der Planeingriff besteht nun allein darin, dass bereits das Schweigen eines Gläubiger auf das Vergleichsangebot binnen der Annahmefrist als Annahme des Vergleichsvorschlags gewertet wird. Der Plan belastet die Gläubiger also nur insofern, als dass all diejenigen Gläubiger, die mit dem Angebot nicht einverstanden sind, widersprechen und ihr Forderungsrecht aktiv verfolgen müssten (Opt-Out Modell).

## C. Vorschlag 2: Der tabellenunabhängige Verteilungsplan

Bei den dieser Arbeit zu Grunde liegenden Verteilungsproblemen erlangt der im Insolvenzrecht wohl zu akzeptierende Satz eine besondere Bedeutung: „Wer schnell gibt, gibt doppelt.“<sup>447</sup> Denn es hat sich gezeigt, dass eine streitige Auseinandersetzung, die außerhalb der Insolvenz zu führen wäre, allein aufgrund des Instanzenzuges etliche Jahre dauern kann. Der Gesetzgeber begegnet streitigen Forderungen mit der Bildung von Rückstellungen. Jedoch ist eine Verteilung jedenfalls in den Fällen nicht durchführbar, in denen massenhaft Forderungen streitig oder unbestimmt sind, so dass auch keine Rückstellungen für Forderungen zielführend sind. In diesen Fällen kehrt sich der Satz wohl um und es gilt: „Wer spät gibt, gibt nichts.“

### I. Kritik am Optionsplan und die Notwendigkeit einer Alternative

Handlungsoptionen sind in einem Insolvenzplan zulässig. Sie bieten sich insbesondere dort an, wo mindestens (und bestenfalls) zwei Handlungsalternativen zur Auswahl stehen, betroffene Gläubiger eine Entscheidung treffen können und das zu Grunde liegende Problem auch allein durch Zeitablauf entschieden werden könnte (so bspw. im Insolvenzverfahren Q-Cell hinsichtlich der Frage, ob ein Gewährleistungsfall vorliegt).

In Fallkonstellationen massenhaft streitiger Insolvenzforderungen bestehen theoretisch mehr als zwei Handlungsalternativen und das Problem löst sich auch nicht allein durch Zeitablauf, denn Gläubiger müssen immer handeln, um von Verteilungen partizipieren zu können. Auch sind der Art und Weise der Bestimmung streitiger Forderungen gerade im Schadensersatzrecht kaum Grenzen gesetzt – unzählige Berechnungsmethoden sind denkbar. Forderungen könnten auch einfach mit einem prozentualen Abschlag auf die angemeldete Forderungshöhe bestimmt werden. Dennoch. Die beiden Handlungsalternativen bestehen darin, dass ein Gläubiger, möchte er bei der geplanten Verteilung berücksichtigt werden, klagen oder eine Einigung herbeiführen muss. Deshalb ist die Idee jedenfalls tauglich und auf die Konstellation massenhaft streitiger Insolvenzforderungen übertragbar.

Der Gewinn einer solchen Planlösung beschränkt sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH allein darauf, an die Gläubiger Erlöse verteilen zu können. Die Passivmasse bestimmt der Plan nicht, da eine Entscheidung des Gläubigers abgewartet werden muss, und wird erst nachfolgend durch die Korrektur der Insolvenztabelle bestimmbar. Zudem birgt der Optionsplan insofern Risiken, als dass die erforderlichen Mehrheiten im Abstim-

---

447 Bork ZZP 1996, 473 (486).



mungstermin keinesfalls die Mehrheiten darstellen. Das bedeutet, während die Mehrheit für die Planlösung im Abstimmungstermin gewonnen werden konnte, ist es durchaus möglich, dass sich dennoch viele Gläubiger gegen den vorgeschlagenen Berechnungsmodus wenden und widersprechen, weil sie sich über weitere Verhandlungen bzw. über eine gerichtliche Feststellung mehr versprechen. Für diesen Fall wären Rückstellungen zu bilden, die jedoch von der Intention des Plans nur in Ausnahmefällen gebildet werden sollten. Darüber hinaus könnte der Insolvenzverwalter keine feste Verteilungsquote angeben, sondern nur den zu verteilenden Betrag bestimmen, weil die Höhe der Rückstellungen nicht mit Sicherheit beurteilt werden kann. Der Erfolg ist also insgesamt wohl wenig planbar. Die voraussichtliche Wahlentscheidung wäre daher im Vorwege bei den wesentlichen Gläubigergruppen zu erfragen. Ein weiteres wesentliches Manko ist die Tatsache, dass ein solcher Optionsplan nur vom Insolvenzverwalter vorgelegt werden könnte, da er sonst nicht gebunden wird. Dies und all die anderen Unsicherheiten führen dazu, dass sich der Anwendungsbereich hauptsächlich auf Abschlags- und Schlussverteilungen in Liquidationsfällen beschränkt. Sanierungen des Rechtsträgers durch Beseitigung der Insolvenzgründe mit einem schnellen Ende des Insolvenzverfahrens bleiben bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen äußerst problembehaftet. Eine weitere Alternative zum Optionsplan bleibt notwendig.

## II. Idee und These: Forderungsschätzung für Zwecke der Verteilung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist daher, dass eine Verteilung vom Bearbeitungsstand der Insolvenztabelle unabhängig sein könnte.

### 1. „claim estimation“ nach amerikanischem Vorbild

Bei der Lösungssuche ist der Ideen- und Aktionsradius zunächst einmal zu erweitern und es scheint ein Blick hin zu einem „Vorbild“ der InsO, dem Insolvenzverfahren unter dem U.S. Bankruptcy Code, das in seiner Struktur dem deutschen eröffneten Insolvenzverfahren ähnelt<sup>448</sup>, lohnenswert. Gläubiger sind hier wie dort aufgefordert, ihre Forderungen (beim Insolvenzgericht<sup>449</sup>) geltend zu machen und anzumelden (11 U.S.C. § 501). Es gibt auch Anmeldefristen („bar date“<sup>450</sup>), deren Versäumnis aber weitgehendere Konsequenzen mit sich bringt, weil Gläubiger verspätet angemeldeter Forderungen bei Ver-

448 Bork ZZP 1996, 473 (474); Heese, GL-Info im IV, 2008, S. 215.

449 Fed. R. Bankr. P. 5005 (a) (1): Filing and Transmittal of Papers, Federal Rules of Bankruptcy Procedure.

450 Der Bankruptcy Code definiert keine Frist, geht aber selbstverständlich davon aus: 11 U.S.C. § 501 („...proofs of claim being timely filed“).

teilungen nachrangig berücksichtigt werden (11 U.S.C. § 726(a)(3)) und damit wohl nahezu immer ausfallen. Zum anderen kann es einen Bestreitensgrund darstellen, mit der Folge, dass die Forderung im Verfahren nicht mehr zugelassen wird (11 U.S.C. § 502(b)(9)). Darüber hinaus können der Insolvenzverwalter oder der Schuldner Forderungen nach Ablauf der Frist für den jeweiligen Gläubiger anmelden (11 U.S.C. § 501(c)), wofür sich der Schuldner stets dann entscheiden wird, wenn diese von den Regelungen der Restschuldbefreiung gesetzlich nicht erfasst wäre, so dass die Forderung im Rahmen der Verteilung berücksichtigt und somit jedenfalls teilweise erfüllt werden kann.<sup>451</sup>

Der Insolvenzverwalter, Schuldner und andere Gläubiger können der Anmeldung widersprechen, sogenannte „objection“ (11 U.S.C. § 502(a)<sup>452</sup>). Eine gesetzliche Prüfungspflicht hat jedoch nur der Insolvenzverwalter (11 U.S.C. § 704(5)). Der Widerspruch ist beim Insolvenzgericht einzureichen, wobei Einwände gegen mehr als nur einen Anspruch auch zusammengefasst werden können (omnibus objection<sup>453</sup>), wodurch Widersprüche bei massenhaft streitigen Forderungen enorm vereinfacht werden. Hierdurch wird erstmalig deutlich, dass das amerikanische Insolvenzrecht das Problem massenhaft streitiger oder unbestimmter Forderungen offensichtlich erkannt hat – zunächst nur auf der Ebene des Widerspruchsrechts.

Zudem gibt es keine starren Ausschlussfristen für Widersprüche, wie wir es gem. § 178 Abs. 1 InsO kennen. In einem Sanierungsverfahren ist es deshalb möglich und wohl auch üblich<sup>454</sup>, dass erst nach der Planbestätigung Forderungen bestritten werden.<sup>455</sup> Soweit eine Vielzahl von Forderungen streitig ist, sollte der Insolvenzplan die betroffenen Gläubiger über diese Vorgehensweise informieren, damit sie nicht getäuscht werden, weil sie immerhin mit ihrer unbestrittenen Forderung auch in der angemeldeten Höhe ein Stimmrecht erhalten hatten.<sup>456</sup> Der Plan kann und sollte in diesen Fällen dann auch eine Frist vorsehen, bis wann der Widerspruch zu erheben ist („bar date for objections“).

---

451 Fed. R. Bankr. P. 3004: Filing of Claims by Debtor or Trustee, Federal Rules of Bankruptcy Procedure, Committee Notes on Rules – 2005 Amendment.

452 “A claim or interest, proof of which is filed under section 501 of this title, is deemed allowed, unless a party in interest,..., objects”; Die Norm definiert nicht “party in interest”, meint jedoch alle „Betroffenen“; 11 U.S.C. 1109(b) zählt bspw. auf: the debtor, the trustee, a creditor.

453 Fed. R. Bankr. P. 3007 (e).

454 Broude, LsBl, 2013, § 6 A 05, Rn. (1): “The rationale is that it might be a waste of professional time, effort, and expense, to object to claims before knowing whether the chapter 11 case will be successful.”

455 Ohne eine richterliche Entscheidung oder Planvorgabe müssen diese jedoch spätestens 60 Tage nach Planbestätigung eingereicht werden, Fed. R. Bankr. P. 3007 (e).

456 Broude, LsBl, 2013, § 6A 05, Rn. (1).

Das Gericht stellt den erhobenen Widerspruch dem betroffenen Gläubiger zu, der dazu Stellung nehmen kann und auch sollte, wenn das Gericht dem Widerspruch nicht folgen soll. Denn Streitigkeiten werden im Rahmen eines gerichtlichen Termins („hearing“) geklärt, die in letzter Konsequenz das Insolvenzgericht entscheiden (11 U.S.C. § 502 (b)). Es ist offensichtlich, dass dieses Verfahren durchaus zu einem komplexen streitigen Verfahren erwachsen und die Abwicklung des Insolvenzverfahrens erschweren oder gar verzögern kann. Denn hier wie dort ist es möglich, dass eine Vielzahl von geltend gemachten Forderungen bestritten werden müssen, weil die Gläubiger ohne nachvollziehbaren Maßstab schätzen oder nicht näher bestimmte Schadensersatzansprüche geltend machen. Bspw. weil sie die genauen Umstände des Schadens, also im schlechtesten Fall nicht sämtliche anspruchsbegründenden Umstände kennen oder Zweifel hinsichtlich haftungsausfüllender Umstände haben, so dass der Insolvenzverwalter die Forderungen nicht außer Streit stellen kann. Auch wenn im amerikanischen Sanierungsrecht vereinfachte Massenwidersprüche möglich sind, das Insolvenzgericht dabei eine zentralere Position einnimmt als hierzulande und der Insolvenzrichter über erhobene Widersprüche entscheidet, ist u. U. auch dort ein langwieriges Verfahren durchzuführen.

Doch das amerikanische Insolvenzrecht scheint auch diese Problematik erkannt zu haben. Insolvenzgerichte können schnell und effektiv über Forderungen entscheiden. Sie haben in gesetzlich vorgesehenen Fällen die Kompetenz, Forderungen der Gläubiger zu schätzen, einschränkend jedoch nur zum Zwecke der Berücksichtigung im Insolvenzverfahren (11 U.S.C. § 502(c)).<sup>457</sup> Gegenstand der Schätzung sind unbestimmte, bestrittene oder nicht auf Geld gerichtete Forderungen, sofern deren Bestimmung die Abwicklung des Insolvenzverfahrens unangemessen verzögert oder die Zahlungsverpflichtung eine gerechte Alternative für die Pflichtverletzung erscheint. Die unangemessene Verfahrensverzögerung ist gesetzlich nicht definiert. Es bleibt eine Einzelfallentscheidung, wobei Maßstab wohl regelmäßig sein wird, dass zum einen vermieden werden soll, dass der Ausgang von Gerichtsverfahren abgewartet werden muss, in denen Schuld und Forderungshöhe erst festgestellt werden, und zum anderen soll der Insolvenzschuldner in die Lage versetzt werden, eine Ausschüttung an Gläubiger schnell vornehmen und eine gerechte Verteilung an die Gläubiger fördern zu können.<sup>458</sup>

Diese Norm repräsentiert einen Wandel im amerikanischen Sanierungsrecht.<sup>459</sup> Bis 1978 blieben unbestimmte und bedingte Forderungen regelmäßig

<sup>457</sup> Vergleichbar mit der Schätzung zum Zwecke der vorübergehenden Berücksichtigung bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan (Fed. R. Bankr. P. 3018 der Federal Rules of Bankruptcy Procedure).

<sup>458</sup> In re Ford, first city beaumont vs. Durkay 967 f2d 1047 (5th Cir. 1992).

<sup>459</sup> Broude, LsBl, 2013, § 6 A 06.

bei Verteilungen unberücksichtigt, unterfielen dann aber auch nicht einem Planverzicht, obwohl 11 U.S.C. § 57(d) (alte Fassung) bereits eine Schätzung durch das Gericht möglich machte. Die Gesetzesänderung machte deutlich, dass – liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor – für Sanierungs- und Beschleunigungszwecke eine Schätzung durch das Gericht zwingend sei.<sup>460</sup> Man hat also erkannt, dass man sich dem Problem massenhaft streitiger Forderungen noch während der Verfahrensabwicklung stellen muss.

Die Schätzung durch amerikanische Insolvenzrichter setzt einen Antrag voraus. Bei diesem Prozedere ist aber unklar, ob der Antragsteller die zu schätzenden Forderungen individuell einordnen muss oder nach Forderungsarten oder nach Gläubigergruppen eingruppieren darf. Denn die im amerikanischen Insolvenzrecht entschiedenen Fälle sind sehr vielfältig. Forderungen einzelner Gläubiger aber auch das Forderungsvolumen mehrerer 10.000 Gläubiger wurden bereits einer (insolvenz-)richterlichen Schätzung unterworfen.<sup>461</sup> In den vorgeschalteten Verfahren wurden zum Teil mehrtägige Verhandlungen geführt, in denen Gutachter gehört und Argumente ausgetauscht werden. Das Gericht fällt anschließend eine Prognoseentscheidung und schätzte die Forderung(en).

Spannende Details bleiben jedoch undefiniert. So schweigt sich der Code insbesondere über den ausreichenden Beweiswert und die Beweislast aus, obwohl Aussagen darüber notwendig für die Schätzung einer Forderung wären, und darüber, ob und wie bei einer Schätzung einer Forderung ein angemessener Rechtsschutz gewährleistet ist.<sup>462</sup> Darüber hinaus können selbst Forderungen geschätzt werden, die außerhalb der Insolvenz einen Geschworenenprozess oder eine Sammelklage erfordern, oder die vom „automatic stay“ der Verfahrenseröffnung nicht betroffen wären.<sup>463</sup> Der Grund mag darin liegen, dass eine insolvenzrechtliche Schätzung den Rechtsgrund bzw. den Bestand der

---

460 In re Nova Real Estate Inv. Trust, 23 B.R. 62 (Bankr. E.D. VA 1982); “This language is mandatory, not permissive, and creates in the Court an affirmative duty under proper circumstances to estimate any unliquidated claim such as Poller’s.”

461 In re A. H. Robins Co., 88 B.R. 742 (E.D. Va. 1988); das Unternehmen vertrieb das sogenannte „Dalkon Shield“, ein medizinisches Empfängnisverhütungsprodukt, das wegen zum Teil schwerwiegender Infektionen vom Markt genommen werden musste, letztendlich waren 195.000 angemeldete Gläubigerforderungen mit unbestimmten Schadensersatzansprüchen zu schätzen, um das Planverfahren durchführen zu können. Das Forderungsvolumen wurde auf insgesamt 2,275 Milliarden Dollar geschätzt; in re APEX Oil Co., 94 B.R. 843 (Bankr. E.D. Mo. 1988): Gegenstand dieser gerichtlichen Entscheidung war hingegen nur eine Forderung eines Großgläubigers, die auf 350 Mio. Dollar geschätzt wurde.

462 Shulman, MetroCorpCounsel, 2012.

463 Shulman, MetroCorpCounsel, 2012.

Forderung unangetastet lässt<sup>464</sup> und keine endgültige Entscheidung sein muss. Sie ist aber erforderlich, um die Forderung im Insolvenzverfahren handelbar zu machen – und das geschieht im Wesentlichen nach insolvenzrechtlichen Vorgaben und Kriterien.

Die Risiken für einen Gläubiger, dessen Forderung geschätzt wird, können dabei sehr groß sein. Wird die Forderung zu gering geschätzt und der Gläubiger beginnt mit den Ausschüttungen entsprechend des bestätigten Plans, ist womöglich nicht mehr genügend Geld vorhanden, um eine höhere Forderung zu begleichen, die nach einem Gerichtsprozess festgestellt wurde. Das Risiko für einen Insolvenzschuldner, der einen Insolvenzplan zur Abstimmung bringt, der die volle Zahlung einer Gläubigergruppe beinhalten soll, in ihr aber bedeutende bestrittene Forderungen sind, die geschätzt werden müssen, ist, dass die bestrittene Forderung zu hoch geschätzt wird, so dass eine nachfolgende Insolvenz droht, weil der bestätigte Plan nicht erfüllt werden kann. Aus Sicht eines Gläubigers, der im Zeitpunkt der Forderungsanmeldung nicht weiß, ob seine Forderung bestritten wird und letztendlich einer Schätzung unterliegen wird, führt die gesetzliche Lage u. U. zu nicht wünschenswerten Ergebnissen. Seine Forderungsanmeldung stellt also faktisch einen mittelbaren Verzicht auf sein Recht auf ein (umfassendes) gerichtliches Verfahren dar, schränkt sein Recht jedenfalls mit Blick auf sein anteiliges Teilhaberecht ein. Die Schätzung ist also keinesfalls eine kritiklose Entscheidung über den Forderungswert, die die Insolvenzgerichte treffen. Jedoch soll sie das auch nicht sein. Sie ist eine „Notfallkompetenz“, um in jeglicher Hinsicht ein Verfahren schnell, rechtssicher und für alle verbindlich durchführen und zum Abschluss bringen zu können.

## 2. Übertragbarkeit und Anwendung des Rechtsgedankens

Viele Fragen sind ungeklärt, doch unabhängig davon lässt sich dem amerikanischen Sanierungsrecht jedenfalls die Idee entnehmen, zum Zwecke der Beschleunigung der Abwicklung eines Insolvenzverfahrens oder überhaupt erst der Durchführbarkeit einer Liquidation oder Sanierung Forderungen rechtsicher für das Planverfahren zu schätzen, damit diese berücksichtigt werden können. Auch wenn die wesentlichen Fälle Sanierungen betreffen, bei denen um die Wiedererlangung der Wirtschaftskraft gerungen wird, geht es um die zu Grunde liegende Idee, das Verfahren nicht unnötig zu verzögern. Jedenfalls aus Sicht der Gläubiger sind die Probleme vergleichbar, da in beiden Fällen eine

---

464 In re Allegheny International Inc., 954 F.2d 167, 173 (3th Cir. 1992); State (or non-bankruptcy) law determines the substance of claims; so auch In re Ford, first city beaumont vs. Durkay 967 f2d 1047 (5th Cir. 1992).

Verteilung auf unbestimmte Zeit ausgeschlossen erscheint und somit erhebliche Vermögenswerte auf Eis liegen.

Während das amerikanische Sanierungsrecht die Kompetenz einer Schätzung den Insolvenzgerichten zuweist, ist fraglich, ob dies unter Geltung der InsO gleichfalls zulässig ist und – wenn ja – wem eine vergleichbare Kompetenz zukommen könnte. Das deutsche Insolvenzrecht sieht eine vergleichbare Schätzungskompetenz der Insolvenzgerichte nur im Bereich der Stimmrechte vor. Hierbei ist zu beachten, dass das Insolvenzgericht vor allem Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens und grundsätzlich keine Kompetenzen hinsichtlich wirtschaftlicher Fragen hat.<sup>465</sup> Deshalb kann und soll es die Rechtmäßigkeit der wirtschaftlichen Entscheidungen überwachen, nicht jedoch deren Zweckmäßigkeit.<sup>466</sup>

Doch keine Regel ohne Ausnahme. Einen Hinweis auf eine Kompetenz der Forderungsschätzung bietet bspw. § 256 Abs. 1 S. 2 InsO, wonach das Gericht auf Antrag des Schuldners oder des Gläubigers nachträglich festzustellen hat, in welchem Ausmaß der Schuldner vorläufig die Forderung zu berücksichtigen hat. Das Gesetz sieht einen Gleichlauf von Stimmrecht und Quotenberücksichtigung vor.<sup>467</sup> Der Regelungsgegenstand nach Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck der Norm bezieht sich jedoch eindeutig auf die Berücksichtigung bestrittener Forderungen *nach* Bestätigung eines Insolvenzplans. Die Norm ist darauf ausgelegt, dass über die endgültige Berechtigung noch entschieden wird. Darüber hinaus ist ein Antrag des Schuldners oder des Gläubigers erforderlich und das Gericht entscheidet nur über das Schicksal einer einzelnen Forderung, inwieweit diese vorläufig zu berücksichtigen ist. Im Vergleich dazu laufen bei den amerikanischen Insolvenzgerichten – was jedenfalls die Anmeldung, Erhebung von Widersprüchen, streitige Feststellung oder die Schätzung von Forderungen betrifft – viele Fäden zusammen, wodurch sie im schuldnervorientierten amerikanischen Recht sehr weitreichende Entscheidungsbefugnisse haben und wesentlichen Einfluss auf den Erfolg bzw. Misserfolg des Verfahrens nehmen können. Das deutsche Insolvenzrecht ist demgegenüber weitestgehend vom Prinzip der Gläubigerautonomie im Sinne einer Gläubigermitwirkung geprägt.<sup>468</sup>

Die Stellung und Kompetenzen der Insolvenzgerichte und die der Gläubiger lassen die kühne These berechtigt erscheinen, dass eine Schätzungskompetenz anstelle des Insolvenzgerichts der Gläubigergemeinschaft zukommt

---

465 Heukamp ZInsO 2007, 57 (58); demgegenüber: Uhlenbruck-InsO/Pape § 1 Rn. 13, wonach der Gesetzgeber das Insolvenzgericht keineswegs nur als „Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens“ ansieht und benennt Beispiele.

466 Heukamp ZInsO 2007, 57 (58).

467 Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1178).

468 Rüge, Gruppenbildung, 2008, S. 63.



– natürlich nur für Verteilungsmechanismen im gesetzlichen Rahmen der Planvorschriften. Das Konzept eines „tabellenunabhängigen Verteilungsplans“ sieht vor, dass der Insolvenzplan eine eigenständige Verteilungsregel beinhaltet, wobei der entscheidende Punkt darin besteht, dass die Verteilungsquote unabhängig davon berechnet werden soll, ob alle Gläubigerforderungen der Höhe nach genau festgestellt sind. Feststehen müsse nur, dass Forderungen, also eine Schuldenmasse, bestehen. Die Planverteilung könne dann unabhängig von der Forderungsfeststellung erfolgen.

Der nachfolgend vorgestellte Verteilungsplan geht deshalb von der Annahme aus, dass ein vom Planarchitekt vorgeschlagener Verteilungsschlüssel durch die Gläubiger selbst verfassungsrechtlich hinreichend legitimiert ist. Die Vorgaben des BGH könnten eingehalten werden, insbesondere würden die Gläubiger erneut nicht durch Mehrheitsbeschluss bestimmen, in welchem Umfang die angemeldeten Forderungen in die Insolvenztabelle aufgenommen werden, weil eine Verteilung mittels Insolvenzplan – wie ich sogleich belegen möchte – völlig unabhängig vom Umfang und Stand der Tabellenführung möglich ist. Entscheidend für die Zulässigkeit ist auch hier, dass ein Verteilungsplan nach diesem Muster keinen Planeingriff in die Gläubigerforderung darstellt, jedenfalls diese nicht vor dem Ende des Insolvenzverfahrens modifiziert. Bestrittene Forderungen können weiter festgestellt werden. Als Beleg für eine Verzichtbarkeit der Insolvenztabelle sind daher die Funktionen derselben im Regel- und im Planverfahren zu untersuchen.

#### **IV. Der Beweis der These: Die Insolvenztabelle im Regel- und Planverfahren**

Es wurde bereits an anderer Stelle die Bedeutung der Tabelle im Regel- und Planverfahren angesprochen.<sup>469</sup> Die Betrachtung erfolgte jedoch in einem anderen Zusammenhang, nämlich dahingehend, ob in einem Planverfahren die Vorschriften über das Anmelde- und Feststellungsverfahren gemäß der §§ 174 ff. InsO dispositiv sein können, weil die Tabelle im Regelverfahren und parallel dazu im Planverfahren andere Funktionen übernimmt und damit einen anderen Sinn und Zweck erfüllt. Das Ergebnis war, dass zwar eine differenzierende Betrachtung zwischen den Tabellenfunktionen im Regel- und Planverfahren korrekt erscheint, jedoch konnte darin nicht zugleich ein belastbares und tragfähiges Argument für die Plandispositivität der §§ 174 ff. InsO gefunden werden.

---

469 Siehe Kapitel 5 (D. IV. 3.).



## 1. Ausgangspunkt der Überlegungen

Der Ansatz getrennter Tabellenfunktionen erscheint vielversprechend und interessant und soll mit Blick auf eine Verteilungsregel weiter verfolgt und untersucht werden. Wir erinnern uns. Der Phoenix Insolvenzplan war von der außergewöhnlichen Idee getragen, die Rechte der einzelnen Anleger festzulegen, um auf dieser Basis Gelder verteilen zu können. Die Verteilung selbst regelte er nicht. Der Plan wollte vielmehr die Grundlage der Verteilung schaffen, dabei das Regelverfahren nicht verdrängen, sondern die Umsetzung der Verwertung und alsbaldige Erlösauskehr unterstützen. Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist die Vorgabe des BGH, dass das Anmelde- und Feststellungsverfahren nach den §§ 174 ff. InsO nicht modifiziert werden kann, umfassend hingegen jedoch die Regelungen, die die Verteilung an die Insolvenzgläubiger zum Inhalt haben. Die Vorschriften der §§ 188, 189 ff. InsO befinden sich im zweiten Abschnitt „Verteilung“ des fünften Teils der Insolvenzordnung und können durch den Insolvenzplan abbedungen und neu geregelt werden.<sup>470</sup> So weit so gut. Fraglich ist, ob es diese Gestaltungsmacht auch in Bezug auf das Problem massenhaft streitiger Forderungen gibt und wenn ja wie tiefgreifend könne sie sein?

Nachfolgend sollen deshalb die Funktionen der Tabelle im Regelverfahren und Planverfahren gegenübergestellt werden. Mit Hilfe dieser Darstellung soll aufgezeigt werden, dass unterschiedliche Funktionen der Tabelle Auswirkungen auf Verteilungsregeln in einem Planverfahren haben, nämlich dergestalt, dass insbesondere auch Zahlungen auf streitbefangene Forderungen möglich sind.

## 2. Tabellenfunktionen im Regelverfahren

Rufen wir uns noch einmal die Grundlagen in Erinnerung. Die Gesamtheit der im Verfahren bei Verteilungen zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten des Schuldners bildet die Schuldenmasse, die über das Verfahren der §§ 174 ff. InsO ermittelt werden soll. Dies erfolgt nicht von Amts wegen. Gläubiger müssen vielmehr ihre Forderungen beim Insolvenzverwalter anmelden, der sie in die Insolvenztabelle einträgt. Die Insolvenztabelle ist also eine tabellarische Übersicht über die geltend gemachten Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners. Sie wird aufgrund der beurkundenden Funktion nur bis zum ersten Prüfungstermin vom Insolvenzverwalter geführt. Danach verbleibt sie auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts und wird dort vom Rechtspfleger geführt, obwohl sie in der Praxis häufig vom Insolvenzverwalter weiter „gepflegt“ wird. In die Insolvenztabelle werden aber keinerlei Forderungen aufgenommen, die

---

<sup>470</sup> BGH ZInsO 2010, 1448.

nicht angemeldet wurden, auch wenn diese bekannt sind oder offensichtlich bestehen. Für die Verfahrensabwicklung ist die Tabelle ein Hilfsmittel, auf die bei Bedarf zurückgegriffen wird. Sie ist die Grundlage für Stimmrechte in Gläubigerversammlungen, für jedwede Verteilung und letztendlich Ausgangspunkt für eine vereinfachte Vollstreckung nach Beendigung des Verfahrens. Die Insolvenztabelle schafft also eine Ordnung und erlangt im Regelverfahren vor allem eine Bedeutung für die spezifischen Insolvenzgläubigerrechte der Mitbestimmung, der Teilhabe sowie der Vollstreckung. Diese Bedeutungen sollen im Einzelnen nachfolgend dargestellt und erläutert werden.

### **a) Einfluss und Bedeutung für das Mitbestimmungsrecht**

Die Insolvenztabelle erlangt im Regelverfahren bei der Festlegung der Stimmrechte insofern Bedeutung, als dass auf sie zu Übersichts- und Ordnungszwecken zurückgegriffen werden muss. Denn Forderungen, die angemeldet und weder vom Insolvenzverwalter noch von einem stimmberechtigten Gläubiger bestritten worden sind (§ 77 Abs. 1 InsO), gewähren uneingeschränkt und ausnahmslos ein Stimmrecht. Für Stimmrechte bestrittener Forderungen löst sich der Gesetzgeber von den Angaben in der Insolvenztabelle und gewährt mit dem Einigungsverfahren und der gerichtlichen Stimmrechtsentscheidung alternative Verfahren, um die Mitbestimmung der Gläubiger zu sichern und seiner Pflicht, Justiz zu gewährleisten, hinreichend nachzukommen.

### **b) Einfluss und Bedeutung für das Teilhaberecht**

Die Verbindung zwischen Insolvenztabelle und einer Verteilung im Regelverfahren hat der Gesetzgeber im Vergleich zur vorgenannten Bedeutung für das Mitbestimmungsrecht deutlich feiner justiert und hier wie dort ist der Ausgangspunkt erneut die Insolvenztabelle.

#### **aa) Anmeldung und Feststellung zur Tabelle**

Den Anfang macht § 87 InsO, wonach Insolvenzgläubiger ihre Forderungen nur nach den Vorschriften der InsO geltend machen können, was nach § 174 Abs. 1 InsO dadurch erfolgt, dass die Forderung schriftlich beim Insolvenzverwalter anzumelden ist, der jede angemeldete Forderung in die Tabelle einträgt. In der Forderungsanmeldung sind der Grund und Höhe der Forderung anzugeben, wobei die Urkunden, aus denen sich die Forderung ergibt, in Kopie beigelegt werden sollen. Auf der Grundlage dieser Tabelle erfolgt gemäß § 176 InsO in der gem. § 29 Abs. 1 Nr. 2 InsO bestimmten Gläubigerversammlung die Prüfung der angemeldeten und in der Tabelle eingetragenen Forderungen ihrem

Betrag und Rang nach. Weil eine erstmalige Prüfung im Termin nicht möglich ist, werden die den Forderungsanmeldungen zu Grunde liegenden Dokumente gemäß § 175 Abs. 1 S. 2 InsO in der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt. So werden die anderen Gläubiger als auch der Schuldner in die Lage versetzt, den tatsächlichen Bestand und die Höhe der Forderung nachzuvollziehen und zu prüfen<sup>471</sup>, um letztendlich auch den Umfang aller geltend gemachten Ansprüche abschätzen und sich (nicht zuletzt auch aus wirtschaftlichen Gründen) entscheiden zu können, ob sie der Feststellung einer Forderung eines anderen Gläubigers widersprechen wollen.

Mit Blick auf die Grundprinzipien des Verfahrensrechts ist der Grund der Forderung nicht eine einzelne materiell-rechtliche Forderung. Er ist vielmehr nach dem für den allgemeinen Zivilprozess in der Rechtsprechung anerkannten zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff nach Antrag und Grund zu bestimmen.<sup>472</sup> Vor allem ist die Angabe der rechtlichen Gesichtspunkte – wie bei § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO – nicht erforderlich. Während also der insolvenzrechtliche „Antrag“ – das Anmeldebegehrt – auf Feststellung zur Tabelle lautet, bedeutet die Angabe „des Grundes“ (im Sinne des § 174 Abs. 2 InsO) die Darlegung des Lebenssachverhaltes, aus dem die Forderung resultiert.<sup>473</sup> Um sicherstellen zu können, dass der Schuldner und die Gläubiger stets die Berechtigung der Forderung prüfen können, ist ein nachträglicher Austausch des Forderungsgrundes zwar zulässig, führt aber zu einer nachträglichen Forderungsprüfung. Der Austausch des Grundes der Forderung stellt also dann eine nachträgliche Anmeldung dar, wenn sich der zugrunde liegende Lebenssachverhalt ändert. Eine Ergänzung des Grundes oder das Nachschieben eines weiteren/anderen Anspruchsgrundes ist demgegenüber immer (und nur) dann unschädlich, wenn hierdurch keine Änderung des Streitgegenstandes eintritt.<sup>474</sup>

Die Feststellung unstreitiger Forderungen soll zügig und einfach erfolgen, weshalb nicht jede einzelne Forderung zu prüfen ist. Vielmehr stellt das Insolvenzgericht lediglich fest, ob gegen eine Forderung ein Widerspruch erhoben werden soll, indem es die anwesenden Beteiligten fragt, ob und ggf. gegen welche Forderung sie in welchem Umfang einen Widerspruch erheben möchten. So werden im Termin nur bestrittene Forderungen erörtert und bestenfalls der Widerspruch sogleich beseitigt. Ein Gläubiger, der im Vorfeld die Tabelle ein-

471 MüKoInsO/Riedel § 174 Rn. 41.

472 BGHZ 168, 112 = ZInsO 2006, 829; OLG Düsseldorf JurBüro 2011, 200.

473 BGHZ 173, 103 = ZInsO 2007, 986; BGHZ 168, 112 = ZInsO 2006, 829; zum Konkursrecht bereits LG Mönchengladbach KTS 1970, 62; Uhlenbruck-InsO/Sinz § 174 Rn. 29.

474 Braun-InsO/Specovius § 174 Rn. 31.

gesehen und keine Auffälligkeit bemerkt hat, wird dem Prüfungstermin regelmäßig fernbleiben.<sup>475</sup>

Nach § 178 Abs. 2 S. 1 InsO trägt das Insolvenzgericht für jede angemeldete Forderung in die Tabelle ein, inwieweit die Forderung ihrem Betrag und ihrem Rang nach festgestellt ist oder wer der Feststellung welcher Forderung widersprochen hat.

### **bb) Das Verteilungsverzeichnis als fortgeschriebene Tabelle**

Es dürfen keine Gelder verteilt werden, bevor nicht ein allgemeiner Prüfungstermin durchgeführt wurde, in dem die Gläubiger Forderungen der anderen Gläubiger auf Kosten der eigenen Quote außer Streit stellen können (§ 187 Abs. 1 InsO). Die Literatur argumentiert mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger, dass keinerlei Zahlungen auf Gläubigerforderungen geleistet werden dürfen, solange nicht ein zuverlässiger Überblick über die tatsächlichen Verbindlichkeiten des Schuldners möglich war.<sup>476</sup> Damit sollen im Regelverfahren gerechte Verteilungen auf geprüfte Forderungen gewährleistet werden.<sup>477</sup> Genau diese Feststellung sei erst nach dem allgemeinen Prüfungstermin möglich. Anschließend hat der Insolvenzverwalter vor einer Verteilung ein Verzeichnis der Forderungen aufzustellen, die bei der anstehenden Verteilung zu berücksichtigen sind (§ 188 InsO). Das Verteilungsverzeichnis ist nur eine Momentaufnahme und weil es möglich ist, mehr als eine Verteilung im Verfahren durchzuführen und sich der zu berücksichtigende Forderungsbestand ändern kann, ist bei jeder Verteilung ein neues Verteilungsverzeichnis zu erstellen. Welche Forderungen zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus dem Gesetzeszusammenhang. Grundlage des Verteilungsverzeichnisses ist die Insolvenztabelle, aus der alle geprüften und festgestellten Forderungen zu übertragen sind.<sup>478</sup> Das Verteilungsverzeichnis ist deshalb letztlich die fortgeschriebene (und berichtigte) Tabelle nach § 175 InsO.<sup>479</sup>

---

475 Ganz allgemein nehmen Gläubiger nur selten bzw. nach ausdrücklicher Bitte durch den Insolvenzverwalter (um bspw. die wunschgemäße Abstimmung über wesentliche Beschlussvorlagen sicherstellen zu können) an Gläubigerversammlungen teil; so auch Heukamp ZInsO 2007, 57 (57).

476 Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 187 Rn. 3.

477 MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebeke/Schwarzer § 187 Rn. 3.

478 FK-InsO/Kießner § 188 Rn. 3; MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebeke/Schwarzer § 188 Rn. 3.

479 Uhlenbruck-InsO/Uhlenbruck, 13. Aufl. 2010, § 188 Rn. 2; Nerlich/Römermann-InsO/Becker § 174 Rn. 6 (Die Tabelle ist die „Grundlage“ für das Verteilungsverzeichnis).

### cc) Umgang mit bestrittenen Forderungen

Bereits festgestellte Forderungen nehmen uneingeschränkt und vorbehaltlos an Verteilungen teil.<sup>480</sup> Ungeprüfte Forderungen sind nicht in das Verteilungsverzeichnis aufzunehmen. Auch dann nicht, wenn für sie bereits ein vollstreckbarer Titel vorliegt, woraus sehr anschaulich die Funktion der Haftungsverwirklichung unter den gleichberechtigten am Verfahren teilnehmenden Insolvenzgläubigern hervorgeht.

Bestrittene Forderungen sind bei Verteilungen zu berücksichtigen, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Ein Bestreiten des Schuldners ist für Verteilungszwecke unerheblich (§ 178 Abs. 1 S. 3 InsO). Es gilt § 189 InsO, wobei zu unterscheiden ist, ob für die bestrittene Forderung bereits ein Titel vorliegt oder nicht. Die bestrittenen nicht titulierten Forderungen werden nur berücksichtigt, wenn der Gläubiger dem Insolvenzverwalter innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung im Sinne des § 188 S. 3 InsO nachweist, dass und für welchen Betrag er Feststellungsklage gegen den Bestreitenden erhoben oder ein anhängiger Rechtsstreit aufgenommen hat (§ 189 Abs. 1 InsO). Für bestrittene Forderungen, für die aber ein Titel vorgelegt wurde, hat das Gesetz offen gelassen, ob und in welcher Weise sie zu berücksichtigen sind. § 189 InsO erfasst nach dem Wortlaut nur nicht titulierte Forderungen. Nach dem Grundsatz des § 179 Abs. 2 InsO obliegt es jedoch ausdrücklich dem Bestreitenden, den Widerspruch zu verfolgen. Es wird deshalb davon ausgegangen, dass es sich bei § 189 InsO um ein Redaktionsversehen handelt.<sup>481</sup> Man ist sich wohl einig, dass im Zeitpunkt der Niederlegung des Verteilungsverzeichnisses die bestrittenen titulierten Forderungen im Verteilungsverzeichnis bereits zu berücksichtigen sind. Geht der Bestreitende dann nach Maßgabe des in redaktioneller Hinsicht angepassten § 189 InsO gegen den Titel vor, d. h. er erhebt Feststellungsklage und weist dies dem Insolvenzverwalter nach, erfolgt aber keine Auszahlung der Quote. Der auf die Forderung entfallende Anteil wird bei der Verteilung zurückbehalten, solange der Rechtsstreit anhängig ist. Dieser Weg entspricht dem Sinn und Zweck des Feststellungsverfahrens, den Ausgang des Prozesses abzuwarten und erst dann ggf. Auszahlungen vorzunehmen.<sup>482</sup> Die Lösung berücksichtigt auch angemessen die Interessen des Titelinhabers, da seine Quote zurückgestellt und, auch wenn nicht verzinst, jedenfalls nicht verloren gehen kann.

Im Feststellungsrechtsstreit erlangt der angegebene Grund bei der Forderungsanmeldung (also der vorgetragene Lebenssachverhalt) wieder Bedeutung,

480 MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebekus/Schwarzer § 188 Rn. 6.

481 Kölner Schrift, 2000, Eckardt, S. 779, Rn. 64; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 13; Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 189 Rn. 18.

482 Kölner Schrift, 2000, Eckardt, S. 779, Rn. 64; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 13.

da mit der Klage die Beseitigung des Widerspruchs gegen die angemeldete Forderung begehrt wird, weshalb die Klage nicht über den Streitgegenstand der Anmeldung hinausgehen oder von ihr abweichen darf. Deshalb ist eine Klage auf Feststellung einer zur Tabelle angemeldeten Forderung unzulässig, wenn sie auf einen anderen als den in der Anmeldung angegebenen Anspruchsgrund gestützt wird.<sup>483</sup> Klagegrund und Streitgegenstand einer Forderungsanmeldung und der nach ihrem Bestreiten erhobenen Feststellungsklage sind somit identisch.<sup>484</sup>

### **dd) Korrektur des Verteilungsverzeichnisses vor Verteilung**

Die Tabelle ist also Ausgangspunkt aber nicht die alleinige Grundlage der Verteilung, weil sie regelmäßig nur einen Teil der zu berücksichtigenden Forderungen abbildet, und deshalb nur die Basis für das Verteilungsverzeichnis ist, da u. U. weitere Forderungen berücksichtigt werden müssen. Denn das aufgestellte Verteilungsverzeichnis wird auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts niedergelegt und öffentlich bekannt gemacht. Dadurch wird auch hier eine möglichst große Transparenz und Kontrolle für und durch die Beteiligten gewährleistet. Mit der Niederlegung beginnen die Fristen für die Einwendungen nach §§ 189, 194 InsO, die zu einer Änderung bzw. Ergänzung des Verteilungsverzeichnisses führen können.

Durch die §§ 189 bis 193 InsO ist das Verteilungsverzeichnis also u. U. wegen nachträglicher Berücksichtigung nicht titulierter, bestrittener Forderungen oder Forderungen absonderungsberechtigter Gläubiger nachträglich zu ändern. Die Änderung des Verteilungsverzeichnisses erfolgt in dem auf der Geschäftsstelle des Insolvenzgerichts niedergelegten Exemplar.<sup>485</sup> Nach § 193 InsO hat der Insolvenzverwalter diese Änderungen des Verzeichnisses binnen drei Tagen nach Ablauf der in § 189 Abs. 1 InsO vorgesehenen Ausschlussfrist vorzunehmen. Die Frist ist deshalb so kurz bemessen, weil gemäß § 194 Abs. 1 S. 1 InsO Einwendungen gegen das Verteilungsverzeichnis nur binnen einer Woche nach Ablauf der Ausschlussfrist geltend zu machen sind. Die Verteilung beginnt deshalb frühestens drei Wochen nach Niederlegung (Addition der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 189 Abs. 1 InsO und der einwöchigen Einwendungsfrist des § 194 Abs. 1 InsO).

483 BGH ZInsO 2001, 1050.

484 BGH ZInsO 2013, 602; Uhlenbruck-InsO/Sinz § 181 Rn. 3; Hmb-Komm-InsO/Herchen § 181 Rn. 1; HK-InsO/Depré § 181 Rn. 3.

485 Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 188 Rn. 24.

### ee) Kein unmittelbarer Zahlungsanspruch

Zwischen der Aufnahme zur Tabelle, der Feststellung und Übertragung in ein Verzeichnis bestehen Unterschiede. So ergibt sich allein aus der Feststellung der Forderung zur Tabelle kein unmittelbarer Zahlungsanspruch gegen den Insolvenzverwalter.<sup>486</sup> Dieser ergibt sich auch noch nicht aus der Aufnahme in ein Verzeichnis. Eine Abschlagsverteilung steht bspw. im Ermessen des Insolvenzverwalters, der unter der Aufsicht des Insolvenzgerichts steht. Soweit ein Gläubigerausschuss bestellt wurde, wäre vor jeder Verteilung dessen Zustimmung einzuholen (§ 187 Abs. 3 InsO). Eine Schlussverteilung kann zudem nur mit vorheriger Zustimmung durch das Insolvenzgericht vorgenommen werden (§ 196 Abs. 2 InsO). Jedenfalls besteht kein einklagbarer Anspruch, weil Insolvenzanprüche der Insolvenzgläubiger nach § 87 InsO gerichtlich nicht durchgesetzt werden können.<sup>487</sup> Würde die Bedeutung der Insolvenztabelle für Verteilungen über eine ordnungsrechtliche und strukturelle hilfsweise Funktion hinausgehen, wäre es auch nur konsequent, dem Gläubiger einen entsprechenden Zahlungsanspruch zuzubilligen, was gerade nicht der Fall ist und daher für eine beschränkte ordnungsrechtliche Bedeutung spricht.

### c) Einfluss und Bedeutung für das Vollstreckungsrecht

Bei bzw. nach Beendigung des Insolvenzverfahrens gewinnt die Insolvenztabelle noch einmal an Bedeutung, denn unbefriedigte Insolvenzforderungen bleiben nach Aufhebung des Verfahrens bestehen.<sup>488</sup> § 201 InsO normiert das unbeschränkte Nachforderungsrecht der (ehemaligen) Gläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens für den zuvor nicht befriedigten Forderungsteil und verleiht den Gläubigern allein mit dem Auszug aus der Tabelle einen vollstreckbaren Titel, aber nur soweit die angemeldete Forderung festgestellt wurde. Während noch ein Widerspruch des Schuldners bei der Feststellung ohne Einfluss blieb (§ 178 Abs. 1 S. 2 InsO), erhalten Gläubiger einen Titel darüber hinaus nur dann, wenn der Forderung auch der Schuldner im Prüfungstermin nicht widersprochen hat oder sein Widerspruch durch Rücknahme oder Feststellungsurteil beseitigt wurde (§ 201 Abs. 2 S. 1 InsO). Der Titel ist nur vollstreckbar, d. h. auch mit Blick auf den Wortlaut des § 178 Abs. 3 InsO („wie“) muss der Titel noch im regulären Titulierungsverfahren mit einer Vollstreckungsklausel versehen (§§ 724 ff. ZPO)<sup>489</sup> und letztendlich auch zugestellt werden. Es gelten

486 Andres/Leithaus/Dahl/Leithaus § 178 Rn. 8.

487 MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebeus/Schwarzer § 187 Rn. 18; Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 187 Rn. 6; Uhlenbruck-InsO/Wegener, 13. Aufl. 2010, § 187 Rn. 9.

488 Jauernig/Berger, Insolvenzrecht, 2010, Seite 244, Rn. 3.

489 Braun-InsO/Braun/Pehl § 201 Rn. 11.



(wieder) die Anforderungen und Voraussetzungen des regulären (Individual-) Zwangsvollstreckungsrechts.

#### **d) Zwischenergebnis**

Der Gesetzgeber misst der Insolvenztabelle unbestritten eine wichtige Bedeutung bei. Die Bedeutung ist jedoch mit Blick auf das Mitbestimmungs- und Teilhaberecht im Kern für die Verfahrensabwicklung auf verfahrensbegleitende Funktionen beschränkt und ermöglicht nach Beendigung des Verfahrens als Ausgleich für das summarische Verfahren eine erleichterte Vollstreckung. Die Tabelle ist ein Hilfsmittel für die Bearbeitung des Insolvenzverfahrens, was auch dadurch deutlich wird, dass sie hinsichtlich der Verteilung keinen unmittelbaren Zahlungsanspruch gewährt. Ihr kommt daher nur eine strukturell- und ordnungsrechtliche Bedeutung zu, durch die größtmögliche Transparenz und Kontrolle geschaffen werden soll.<sup>490</sup> Speziell für den Fall, dass sämtliche Forderungen bestritten sind und keinerlei Forderungen in das Verteilungsverzeichnis übertragen werden können, verwässert die Bedeutung der Insolvenztabelle jedenfalls für die Verteilung nahezu vollständig.

### **3. Tabellenfunktionen im Planverfahren**

Für die Tabelle im Planverfahren gelten hingegen andere Grundsätze. Grundlage einer tabellenunabhängigen Verteilung ist der Nachweis, dass die Bedeutung und Dogmatik der Insolvenztabelle im Regel- und Planverfahren unterschiedlich zu beurteilen ist<sup>491</sup> mit dem Ergebnis, dass die Insolvenztabelle als Grundlage für Verteilungen im Regelverfahren parallel zu einer Verteilung im Planverfahren andere Funktionen übernimmt. Um dies zu belegen, soll nachfolgend dargestellt werden, dass unterschiedliche Funktionen der Tabelle – die zwar keine Modifizierung des Anmelde- und Feststellungsverfahrens rechtfertigen konnten – aber eine eigenständige Verteilungsregel in einem Planverfahren ermöglichen, nämlich insbesondere dergestalt, dass auch Zahlungen auf streitbefangene Forderungen zulässig sind.

Die Darstellung orientiert sich an der spiegelbildlichen Betrachtung und Überprüfung der bisherigen Feststellungen der Bedeutung der Insolvenztabelle im Regelverfahren. Der Weg der nachfolgenden Untersuchung ist deshalb dadurch gekennzeichnet, das gefundene Zwischenergebnis hinsichtlich Einfluss und Bedeutung der Tabelle im Regelverfahren auf das Planverfahren zu überprüfen und Unterschiede herauszuarbeiten.

<sup>490</sup> Hmb-Komm-InsO/Prefß § 188 Rn. 1.

<sup>491</sup> Vgl. dazu BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437.

### a) Einfluss und Bedeutung für das Mitbestimmungsrecht

Die grundlegenden Funktionsweisen der Regelungen über das Stimmrecht wurden bereits im Kapitel 6 herausgearbeitet, auf das ich verweisen möchte. Doch welche Rolle spielt dabei die Insolvenztabelle? Mit dem Argument, dass im Planverfahren auch Gläubiger gebunden und daher auch berechtigt werden, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, soll sich die Bedeutung der Tabelle im Planverfahren allein in der Ermittlung des Stimmrechts für das Abstimmungsverfahren erschöpfen, soweit der Plan keine anderweitige Regelung enthält.<sup>492</sup> Mit Blick auf § 239 InsO ist das insofern richtig, als dass die Insolvenztabelle (erneut nur) Grundlage der für das Abstimmungsverfahren zu erstellenden Stimmliste ist. Das Vorgehen ähnelt der Erstellung eines Verteilungsverzeichnisses. Die unbestrittenen Forderungen werden übertragen und gewähren ein Stimmrecht in Höhe der angemeldeten Forderung (§ 237 Abs. 1 S. 1 InsO in Verbindung mit § 77 Abs. 1 S. 1 InsO). Die Besonderheiten einer Abstimmung über den Insolvenzplan schränken die Bedeutung der Insolvenztabelle aber in diesem Zusammenhang ein, denn Gläubiger erhalten auch mit unbestrittenen Forderungen ausnahmsweise kein Stimmrecht, sofern deren Forderungen durch den Plan nicht beeinträchtigt werden (§ 237 Abs. 2 InsO). Die Bedeutung der Insolvenztabelle für das Mitbestimmungsrecht im Vergleich zum Regelverfahren reduziert sich letztendlich nur auf eine erste Übersicht der potenziell abstimmungsberechtigten Gläubiger. Die Insolvenztabelle muss nämlich nicht nur im Einzelfall korrigiert, sondern auch ergänzt werden und das Ergebnis für eine geordnete Übersicht in eine eigene Stimmliste überführt werden.

### b) Einfluss und Bedeutung für das Teilhaberecht

Neben der Gewährleistung von grundlegenden Verfahrensrechten über Stimmrechte spielt die insolvenzrechtliche „Musik“ regelmäßig im Verteilungsverfahren. Ein eröffnetes Insolvenzverfahren soll vorinsolvenzliche Verteilungskonflikte lösen und bietet dafür auch ein vereinfachtes Verfahren für die breite Ebene. Für Verteilungen im Regelverfahren hat der Gesetzgeber – wie gesehen – einen klar strukturierten Fahrplan vorgegeben, auftretende Verteilungskonflikte zu lösen. Dabei hat sich gezeigt, dass der Insolvenztabelle im Wesentlichen eine strukturell- und ordnungsrechtliche Funktion beizumessen ist. Finden die Gläubiger in einem Insolvenzplan jedoch eine aus ihrer Sicht bessere Verwertungsalternative wird schnell die Frage virulent, welche Stellung der Insolvenztabelle bei einer Verteilung im Planverfahren tatsächlich gebührt. Auf diese Frage kommt es selten an, denn natürlich kann und wird der Planver-

492 BGH ZInsO 2009, 478 m. Anm. Frank/Baumert FD-InsR 2009, 277437.

fasser regelmäßig auf eine gut geführte Insolvenztabelle zurückgreifen wollen, weil es – mit Ausnahme des hier zu betrachtenden Problems – regelmäßig keinen Grund gibt, hiervon abzuweichen. Die Insolvenzzordnung schreibt dieses Vorgehen jedoch nicht vor.

### **aa) Zulässigkeit einer tabellenunabhängigen Verteilungsregel**

Blendet man die alltägliche Praxis aus und betrachtet das Verteilungsverfahren bei Lichte und untersucht die rechtliche Dogmatik ist für die Verteilung des Vermögens im Planverfahren ein Zugriff auf die Tabelle als Ergebnis des durchgeführten Anmelde- und Feststellungsverfahrens nicht notwendig aber auch – was wichtiger ist – keinesfalls zwingend.

Der Planverfasser kann eigenständig regeln, dass die Zu- und Verteilung nach einer im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehenen Bestimmung durchgeführt wird. Denn Verteilungen werden im Planverfahren vom gestaltenden Teil des Insolvenzplans nicht nur beeinflusst, sondern können völlig autark neu geregelt werden. Die Verteilung folgt dann ausschließlich den Regeln des Insolvenzplans. Dabei steht es dem Planverfasser frei, den „Zuteilungsmaßstab“ selbst zu bestimmen, solange dieser „mehrheitsfähig“ ist. Das Korrektiv ist die Gläubigerversammlung und das Insolvenzgericht (§§ 231, 248 ff. InsO).

Der InsO sind diverse Anhaltspunkte zu entnehmen, die in der Gesamtschau die Abkehr von der herkömmlichen Sicht auf das Zusammenspiel von Tabelle und Planverteilung belegen, und nachfolgend näher erläutert und dargestellt werden. Insbesondere wird sich herausstellen, dass Verteilungen auf streitbefangene und/oder unbestimmte Forderungen keinen Bruch darstellen und im Gesamtgefüge der InsO sogar systemimmanent sind. Die Möglichkeit einer tabellenunabhängigen Verteilung soll nachfolgend untersucht und argumentativ untermauert werden.

### **1) Auslegung des § 217 S. 1 InsO**

Die argumentative Auseinandersetzung beginnt bei der Grundnorm des § 217 S. 1 InsO, dem Ausgangspunkt sämtlicher Planregelungen. Mit Blick auf den Wortlaut, der gesetzgeberischen Intention und insgesamt dem Sinn und Zweck des Planverfahrens, (auch Verteilungs-)Konflikte privatautonom lösen zu können, sprechen wohl die besseren Argumente dafür, eine Verteilung im Planverfahren völlig eigenständig und losgelöst vom Regelverfahren, und damit insbesondere losgelöst von einem Bezug zur Insolvenztabelle durchführen zu können. So spricht bereits der Wortsinn ausdrücklich von Verteilungen an die Beteiligten. Beteiligte eines Insolvenzverfahrens sind Gläubiger, und zwar

unabhängig davon, ob deren Forderungen bestritten oder bereits festgestellt wurden. Der Gesetzgeber positionierte sich und erläuterte im Gesetzgebungsprozess, dass mit einem Insolvenzplan von sämtlichen Vorschriften über die Verteilung abweichende Regelungen getroffen und darüber hinaus der Verwertungserlös anders verteilt werden könne als bei einer konkursmäßigen Abwicklung.<sup>493</sup> Der Insolvenzplan soll es erlauben, von einer schematischen Gleichbehandlung von Gläubigern einer Rangklasse abzuweichen, soweit sie durch differenzierte, den typischen Interessen der Gläubiger besser gerecht werdende planmäßige Regelungen verdrängt werden.

## 2) Identische Tabellenquote, jedoch unterschiedliche Gruppenquote

Für ein eigenständiges Verteilungssystem spricht weiter, dass Gläubiger im Insolvenzplan unterschiedlich behandelt werden können (u. U. sogar müssen!). So können unterschiedliche Quoten für unterschiedlich gebildete Gruppen gebildet und festgelegt werden. Bei der Verteilung im Rahmen des Regelverfahrens ist das nicht möglich, da die Insolvenztabelle nur eine einheitliche Quote vorsehen kann.<sup>494</sup> Möchte man unterschiedlichen Gruppen unterschiedliche Quoten zuweisen, wäre sinnbildlich für jede Gruppe eine eigene Tabelle zu erstellen, die dann eine einheitliche Quote für die Gruppe enthält. Im Regelverfahren ist das nicht möglich. Im Planverfahren ist das unproblematisch über eine vom Planarchitekten gewählte Gruppenbildung grundsätzlich regelbar. Denn die Gleichbehandlung der Beteiligten bedeutet, dass nur innerhalb jeder Gruppe allen Beteiligten gleiche Rechte anzubieten sind (§ 226 Abs. 1 InsO). Daraus ist ersichtlich, dass jedenfalls kein zwingend formaler Zusammenhang zwischen der Gruppenbildung und der Insolvenztabelle bestehen kann. Mehr noch. Es bedeutet insbesondere auch, dass auch hinsichtlich der Art und Weise von der Insolvenztabelle abgewichen werden kann. Während Lieferant A und Lieferant B im Regelverfahren ihre (identische) Quote erhalten, ist es unproblematisch zulässig, Lieferant A im Planverfahren eine 100-prozentige Erfüllung der Forderung zu versprechen, während Lieferant B anderweitig teilweise befriedigt wird. Voraussetzung ist – an dieser Stelle mal von einer etwaigen Schlechterstellung abgesehen – eine sachgerechte Abgrenzung der Gläubiger und Einteilung in verschiedene Gruppen.

493 BT-Drs. 12/2443, 90, 91.

494 Von Verteilungen im Regelverfahren bei „Sondermassen“ mal abgesehen. Steht ein bestimmter Teil der Insolvenzmasse nicht allen Gläubigern, sondern nur einer bestimmten Gläubigergruppe zur Verfügung, so wäre für derartige „Sondermassen“ ein besonderes Verteilungsverzeichnis zu erstellen: MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebekus/Schwarzer § 188 Rn. 26; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 26.

### 3) Gegenstand und Wirkung der Tabelleneintragung

Nach § 178 Abs. 3 InsO wirkt die Eintragung in die Tabelle für die unstreitig festgestellten Forderungen ihrem Betrag und ihrem Rang nach wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern. Das ist beachtenswert, weil die Forderung bzw. der Anspruch ursprünglich nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner tangierte. Auch ein vor Insolvenz erstrittenes Urteil hätte nur Wirkungen zwischen diesen Parteien gezeitigt. Für das insolvenzrechtliche Prüfungs- und Feststellungsverfahren, ob nun einvernehmlich oder streitig, fragt sich in diesem Zusammenhang, über welchen „Anspruch“ überhaupt entschieden und was verbindlich mit Rechtskraft festgestellt wird – also der genaue Gegenstand und die Wirkung der Feststellung. Die Details sind ungeklärt. Das Gesetz hilft insoweit, als dass es offensichtlich die Wirkung der Feststellung auf den „Betrag“ (also die Höhe der Forderung) und den „Rang“ (also die Einordnung als nachrangige oder nicht nachrangige Forderung) beschränken möchte (§ 178 Abs. 3 InsO). Dass sich Art und Umfang der Rechtskraftwirkungen nach den zu § 322 Abs. 1 ZPO entwickelten allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen richten soll<sup>495</sup>, ist dabei wohl zu relativieren. Hinsichtlich der Rechtskraft gilt allgemein, dass im Sinne ausgewogener Gerechtigkeit nicht noch einmal über einen Anspruch entschieden werden soll, wenn hierüber bereits einmal entschieden wurde. Der Begriff des Anspruchs in § 322 Abs. 1 ZPO bezeichnet dabei nicht den materiell-rechtlichen, sondern den prozessualen Anspruch im Sinne der Streitgegenstandslehre.<sup>496</sup> In Rechtskraft erwachsen dabei nicht die einzelnen Tatsachen, präjudiziellen Rechtsverhältnisse und sonstigen Vorfragen, aus welchen das Gericht die Rechtsfolge abgeleitet hat.<sup>497</sup>

Vom Grund der Forderung, der bei der Anmeldung noch anzugeben war (§ 174 Abs. 2 InsO), ist nun nicht (mehr) die Rede, was darauf schließen lassen könnte, dass der dem angemeldeten Sachverhalt zugrunde liegende materiell-rechtliche Anspruch des Gläubigers zwar Gegenstand der Prüfung, aber nicht Gegenstand der Feststellung wird, der in Rechtskraft erwächst. Das harmonisiert mit der Auffassung und erklärt diese zugleich, dass Gegenstand der streitigen wie auch unstreitigen Feststellung nur das spezifische Insolvenzgläubigerrecht auf Teilhabe und Mitbestimmung sei.<sup>498</sup> Über Vorfragen, bspw. ob die Forderung dem Grunde nach besteht oder als Insolvenzforderung<sup>499</sup> zu qualifizieren ist, wird im Rahmen der Feststellung nicht rechtskräftig entschie-

495 Hmb-Komm-InsO/Prefß/Hennigsmeyer § 178 Rn. 19; Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 554 Rn. 38; Uhlenbruck-InsO/Sinz § 178 Rn. 25.

496 BGH NJW 2003, 585.

497 BGH NJW 2008, 2922; MüKoZPO/Gottwald § 322 Rn. 83.

498 MüKoInsO/Schumacher § 178 Rn 15; Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 555, Rn. 39.

499 BGH ZInsO 2006, 829.

den. Die Titulierungswirkung der Tabelle steht dem nicht entgegen, da es nach Abschluss des Verfahrens hierauf nicht ankommt.

Wir erinnern uns an die Vorgaben der Forderungsanmeldung, wo die Angabe des Grundes der Forderung die Darlegung des Lebenssachverhaltes bedeutet, aus dem die Forderung resultiert.<sup>500</sup> Die möglichst genaue Angabe war erforderlich, damit Gläubiger und der Insolvenzverwalter die Berechtigung der Forderung prüfen können. Für die Wirkung der Feststellung als Grundlage für Verteilungen und Stimmrechte ist der Grund jedoch nicht erforderlich. Es besteht vor allem kein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an einer Bindungswirkung auch hinsichtlich des materiell-rechtlichen Forderungsgrundes, möchte er mit der Feststellung zur Tabelle doch nur Teilhabe- und Mitbestimmungsrechte verbindlich außer Streit stellen. Natürlich ist der materiell-rechtliche Leistungsanspruch des Gläubigers Gegenstand der Prüfung, aber mit Blick auf Sinn und Zweck der Feststellung zur Tabelle erwächst der zugrunde liegende Anspruch nicht in Rechtskraft.<sup>501</sup> Auch die Existenz der §§ 41, 45 und 46 InsO, die bestimmten Forderungen für die Zwecke des Insolvenzverfahrens und die Umsetzung der Gläubigergleichbehandlung einen nominalen Haftungswert und damit dem Gläubiger ein Haftungsrecht mit einem von den Forderungsinhalt abweichenden Inhalt zuweisen<sup>502</sup>, sprechen für diese Differenzierung.

An dieser Betrachtung ändert sich auch nichts für den Fall, dass die Forderung streitig festgestellt werden muss und ein Feststellungsurteil ergeht. Man denke dabei an Verfahren, in denen nur mit geringen Quoten zu rechnen ist, bei denen es betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll ist, einen Rechtsstreit über den Grund einer Insolvenzforderung zu führen, da die konkurrierende Forderung lediglich ein Rechnungsposten ist und das Ergebnis des Rechtsstreits in verteilungsarmen Verfahren zwar in prozentualer Hinsicht, aber nicht in Bezug auf die auszahlende Quote spürbaren Einfluss zeitigt, der den Aufwand lohnt. Zwar spricht § 181 InsO wieder vom Grund der Forderung (anders noch § 178 Abs. 3 InsO). Jedoch versteht sich die Norm als besondere Sachurteilsvoraussetzung für Feststellungsklagen, um sicherzustellen, dass die Gesamtheit der Gläubiger die Möglichkeit hatte, die Berechtigung der Forderung zu prü-

---

500 BGHZ 173, 103 = ZInsO 2007, 986; zum Konkursrecht bereits LG Mönchengladbach KTS 1970, 62; Uhlenbruck-InsO/Sinz § 174 Rn. 29.

501 Entgegen Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2007, S. 614, Rn. 22.3, S. 624, 22.20: Gegenstand des Feststellungsverfahrens bilden zumindest 3 Rechtsbehauptungen (Forderung besteht gegen den Schuldner, Forderung ist eine Insolvenzforderung, für welche die Masse haftet und andere Insolvenzgläubiger müssen haftungsrechtlich eine Quotenkürzung hinnehmen); wohl auch RGZ 55, 157; BGH WM 1961, 427: „die Feststellung wirkt ... mit Rechtskraft für die ganze Forderung.“

502 Hmb-Komm-InsO/Herchen § 179 Rn. 17.



fen. Hinsichtlich des Gegenstands der Feststellung und der materiellen Rechtskraft gibt die Norm nichts Zwingendes her. Im Ergebnis hat das wohl auch der Gesetzgeber so im Hinterkopf gehabt, da dieser für die Streitwertbemessung nicht auf den zugrunde liegenden Anspruch selbst, sondern auf die zu erwartende Quote – als Ausfluss des *Teilhaberechts* – abstellt (§ 182 InsO).

Allenfalls soweit es um die von der Wirkung des § 178 Abs. 3 InsO zu unterscheidende Rechtskraftwirkung gegen den Schuldner geht, ergibt sich in der Tat eine Feststellung der Forderung als solche zum vollen Betrag (Grund ist § 201 Abs. 2 InsO).<sup>503</sup> Dies ist der insolvenzrechtlichen Besonderheit des Insolvenzgläubigerrechts der Vollstreckung aus der Tabelle geschuldet, wonach Gläubiger in einem vereinfachten Verfahren einen Titel erlangen können, erlangt aber im Zusammenhang mit dem Insolvenzgläubigerrecht auf Teilhabe an Erlösen über eine eigenständige Verteilungsregel im Insolvenzplan keine Bedeutung, spricht jedenfalls nicht dagegen.

Wenn also selbst im Regelverfahren über die Feststellungswirkung der Forderung zur Insolvenztabelle keine Präjudizwirkung hinsichtlich des tatsächlich bestehenden Anspruchs erfolgt, vielmehr „nur“ die Fundamente der Mitbestimmungs- und Teilhaberechte gegossen werden sollen, könne im Planverfahren von der Insolvenztabelle jedenfalls im Hinblick auf den zu erlangenden Anteil am Verwertungserfolg abgewichen werden.

#### 4) Gerechtigkeit durch Verhandlung im Regel- aber auch im Planverfahren

Nun könnte man meinen, dass eine eigenständige Verteilungsregel im Planverfahren, wonach streitbefangene Forderungen berücksichtigt werden, eine Verteilungsungerechtigkeit bedingt. Das Gegenteil ist der Fall. Da das Recht des konkurrierenden Anmelders der Disposition der Gläubiger unterliegt, schließlich ist den Gläubigern die Masse haftungsrechtlich zugewiesen, steht es ihnen frei, von ihrem Widerspruchsrecht *keinen* Gebrauch zu machen, sei es, weil sie das Risiko des Unterliegens im Feststellungsprozess nicht eingehen wollen, sei es aber auch aus Rechtsirrtum, Desinteresse oder schlicht Bequemlichkeit.<sup>504</sup> Eine Verteilungsregel ist insbesondere bei erheblichen Prozessrisiken dann vielmehr der Ausdruck einer ausgewogenen und fairen vergleichsweisen Regelung, denn mit der Führung eines Feststellungsprozesses geht u. U. auch eine Verschlechterung des wirtschaftlichen Ergebnisses für alle Beteiligten einher, durch Zeitablauf selbst für die obsiegende Partei. Im Planverfahren (wie letztendlich auch im Prüfungstermin durch ein „bewusstes Schweigen“ trotz Kenntnis der Nichtberechtigung in Bezug auf eine an sich zu bestreitende Forderung) finden die

<sup>503</sup> OLG Köln WM 1995, 597; Jaeger-InsO/Gerhardt § 178 Rn. 69.

<sup>504</sup> Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 546, Rn. 27.



Beteiligten im Wege der Verhandlung und durch gegenseitiges Nachgeben eine aus ihrer Sicht wirtschaftliche optimale Lösung der problematischen Haftungsverhältnisse. Mit diesem Ergebnis schafft das Insolvenzrecht ganz im Sinne des Gesetzgebers<sup>505</sup>, wie alles Recht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, einen gerechten Ausgleich und stiftet (Rechts-)Frieden.<sup>506</sup>

Schauen wir an dieser Stelle erneut noch einmal auf das Regelverfahren. Das Gesetz scheint nur auf den ersten Blick eine Zahlung auf eine bestrittene Forderung auszuschließen, da die Forderung nur berücksichtigt wird, soweit über sie prozessiert wird. Im Regelverfahren kann jedoch dasselbe wirtschaftliche aber auch rechtliche Ergebnis erzielt werden, nur auf anderem Weg – eben ein anderes Mittel. Im Regelverfahren werden für streitbefangene Forderungen maximal Rückstellungen gebildet, die aufgelöst werden, sobald der oder die Rechtsstreit(e) beendet wurde(n). Im Rahmen des Prozesses werden Prozessrisiken abgewogen und die Parteien können einen Vergleich schließen, der den Prozess als Vollstreckungstitel beendet (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die rechtskräftige Entscheidung wirkt gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern (§ 183 Abs. 1 InsO). Der Gläubiger einer angemeldeten aber streitbefangenen Forderung erreicht also allein durch die Einigung mit den bestreitenden Gläubigern die Teilhabe am Erlös, über eine Planlösung sogar nur über eine Einigung mit der Mehrheit der stimmberechtigten Gläubiger.

## 5) (Un-)berechtigte Zahlungen auf (titulierte) Forderungen

Auch für das nachfolgende Argument rufen wir uns das Regelverfahren in Erinnerung. Wird dort eine Forderung eines Gläubigers fälschlicherweise in das Verzeichnis aufgenommen und eine Quote ausgeschüttet, kommen keine Bereicherungsansprüche gegen den begünstigten Gläubiger in Betracht.<sup>507</sup> Das ist konsequent, da das Verzeichnis (nicht die Tabelle) im Verhältnis der Gläubiger zueinander einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Auszahlung bildet.<sup>508</sup> Die Gläubiger müssen, um Verteilungsfehler zu verhindern, Einwendungen gegen das Verzeichnis erheben

---

505 BT-Drs. 12/2443, 75.

506 Madaus ZIP 2014, 160 (162), der das Planverfahren als Verhandlungsforum betrachtet, mit dem in einem modernen Restrukturierungsrecht ein Interessenausgleich gefunden und Rechtsfrieden geschaffen werden muss, selbst im Falle unwissender Gläubiger/Geschädigte.

507 MüKoInsO/Füchsl/Weishäupl/Kebekus/Schwarzer § 188 Rn. 23; Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 31; a. A.: BGHZ 168, 112, ZIP 2006, 1410, dort für den Fall, dass eine Masseforderung fälschlicherweise als Insolvenzforderung festgestellt wurde.

508 Nerlich/Römermann-InsO/Westphal § 188 Rn. 20, 22; Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 778.

(§§ 194, 197 InsO). Für Verteilungsfehler im Planverfahren, unabhängig davon, wie man diese überhaupt bei einer eigenständigen Verteilungsregel definieren könnte, müsste das Gleiche gelten. Gläubiger (insbesondere der bestrittenen unbestimmten Forderung) sind nicht zu einem Ausgleich verpflichtet, da die „insolvenzspezifische causa“<sup>509</sup> für das Behaltendürfen hier in der Zuteilungsregel (das Gegenstück zum Verteilungsverzeichnis) des Insolvenzplans zu finden ist. Das Gesetz scheint hierfür zu sprechen (§ 254 Abs. 3 InsO). Wenn also schon planwidrige Zahlungen nicht erstattungsfähig sind, dann muss dies doch erst recht für plangemäße Zahlungen auf bislang bestrittene Forderungen gelten.

Bei der Suche nach einer eigenständigen Verteilungsregel und der damit einhergehenden Gefahr von Verteilungen auf tatsächlich nicht in der Höhe bestehenden Forderungen soll auch eine Ausnahme von der Grundregel nicht übersehen werden. Denn was das Gesetz nur schwer erraten lässt, ist, dass vorerst angemeldete aber bestrittene titulierte Forderungen auch ohne die Feststellung zur Tabelle im Verteilungsverzeichnis berücksichtigt werden (§§ 179 Abs. 2, 189 InsO) und Rückstellungen nur gebildet werden, soweit der bestreitende Gläubiger Feststellungsklage erhebt. Nach *Becker* rechtfertigt sich die Ausnahme mit der Überlegung, dass hinter dem Vollstreckungstitel oder dem Endurteil eine freiwillige Mitwirkung des Schuldners oder eine Prüfung steht, die an Intensität zumindest nicht wesentlich hinter derjenigen im Insolvenzverfahren zurücksteht.<sup>510</sup> Dies mag im Grundsatz stimmen, ist jedoch kritisch zu hinterfragen, da auch unter wirtschaftlichem Druck erlangte Titel (gerade im Vorfeld der Krise nicht ungewöhnlich), die keinesfalls Garant für ein vorhergehendes rechtsstaatliches Verfahren und schon gar nicht für die tatsächliche Berechtigung der Forderung sind, wie bspw. notarielle Schuldanerkenntnisse in Drucksituationen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder Vollstreckungsbescheide (§ 794 Abs. 1 Nr. 4 ZPO), die in der Praxis nicht seltene Ausnahmen von diesem Grundsatz darstellen. Jedenfalls ist damit dargelegt, dass Verteilungen auf tatsächlich streitbefangene Forderungen auch im Regelverfahren grundsätzlich denkbar – wenn auch die Ausnahme – sind.

Darüber hinaus möge die Situation betrachtet werden, in der eine „Nicht-Insolvenzforderung“ angemeldet und zur Tabelle festgestellt wird. Nach dem BGH<sup>511</sup> bleibt eine solche Feststellung folgenlos und ist nicht zu beachten. Die fehlerhafte Eintragung in die Tabelle kann berichtigt werden. Die Feststellung hebt die Forderung nicht in den Rang einer Insolvenzforderung. Das ist jedenfalls für erkennbare Versehen richtig, in denen der Gläubiger keine

509 Mohrbutter, Verteilungsfehler, 1998, S. 186.

510 Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 357, Rn. 1274.

511 BGHZ 168, 112, ZIP 2006, 1410.

Insolvenzforderung angemeldet hat, diese aber irrtümlicherweise als solche festgestellt wird. Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, dass der Anspruch als Insolvenzforderung angemeldet und festgestellt wird, in Wahrheit aber keine ist. Die Gläubigergemeinschaft wie auch der Insolvenzverwalter haben diese Forderung als bestehend anerkannt und keine Einwände hinsichtlich der haftungsrechtlichen Berechtigung erhoben. Der Gläubiger genießt dann im Verfahren alle Rechte eines Insolvenzgläubigers.<sup>512</sup> Dadurch wird erneut die besondere Bedeutung der Haftungsverwirklichung und natürlich auch der Mangel an Erkenntnis deutlich. Daraus kann gefolgert werden, dass in Einzelfällen eine Diskrepanz zwischen tatsächlicher und festgestellter Rechtslage besteht, die keinesfalls in absoluter Form vermieden werden kann (und auch nicht soll).

## 6) Risiko einer fehlerhaften Verteilungsregel hinnehmbar

Das Verteilungsverzeichnis auf Grundlage der Tabelle dient der ordnungsgemäßen Verfahrensabwicklung durch Schaffung von Transparenz, Kontrolle und eines Vertrauenstatbestandes.<sup>513</sup>

Im Fall einer Verteilung nach Maßgabe des Plans schafft der Insolvenzplan hingegen selbst den Vertrauenstatbestand – konkret das Vertrauen in eine allgemein verbindliche Verteilungsregel. Ob diese gerecht oder fehlerfrei ist, ist damit nicht gesagt. Dem Planverfahren ist ein solches „Bewertungsrisiko“ immanent, es ist die Natur der „Plan“-Sache. Es kann sich eine Prognoseentscheidung einer Planregelung stets als fehlerhaft erweisen, so auch bspw. bei einer Fortführung des schuldnerischen Unternehmens. Das ist hinzunehmen, wie auch im Nachhinein geänderte Tatsachengrundlagen, die einen geänderten Zuteilungsmaßstab auf streitbefangene Forderungen rechtfertigen könnten. In diesem Zusammenhang muss auch die Erkenntnis gewonnen werden, dass es eine absolute (Verteilungs-)Gerechtigkeit nie geben kann, jedenfalls kaum definierbar ist, denn es fehlen hierfür geeignete Bewertungsmaßstäbe. Dass dem so ist, macht bereits das Prinzip der Mehrheitsentscheidung deutlich. Denn, wir erinnern uns, Gläubiger waren vor der Insolvenz Konkurrenten und sind es immer noch. Nur das Konkurrenzverhalten, d.h. die Möglichkeit sich durch individuelles Geschick und Verhandlung mit dem Schuldner oder Schnelligkeit Vorteile verschaffen zu können, wurde beendet. Die Insolvenz ändert daran im Grundsatz nichts, dass Gläubiger, sind sie bspw. Wettbewerber, die Liquidierung des Unternehmens befürworten, hingegen Arbeitnehmer, die um ihre Arbeitsplätze bangen, sich für den Erhalt des Unternehmens aussprechen. Die Krise einer Unternehmung legt das Geflecht der mit ihm verbundenen Inte-

512 Kölner Schrift, 2009, Eckardt, S. 561, Rn. 46.

513 Uhlenbruck-InsO/Wegener § 188 Rn. 2.

ressen unbarmherzig offen.<sup>514</sup> Dennoch müssen die Beteiligten (jedenfalls die Mehrheit) eine aus ihrer Sicht gerechte Zuordnung finden. Die das Insolvenzverfahren beherrschenden Grundsätze, insbesondere die Gleichbehandlung der Gläubiger und die gleichmäßige Befriedigung sind dabei anzustrebende Verfahrensziele, und können deshalb nicht formelle oder materiell-rechtliche Voraussetzungen einer Planregelung sein. Die Zielvorgaben der InsO stellen sich so nur als Interpretationshilfen<sup>515</sup> von Planregelungen dar.

Eine Regel, die Verteilungen auf eine unbestimmte Schuldenmasse zum Inhalt hat, ist auch deshalb zulässig, weil ganz allgemein nachträgliche (gegen- teilige) Erkenntnisse im Insolvenzverfahren unberücksichtigt bleiben (müs- sen!). Zum Stichtag der Insolvenzeröffnung sind sämtliche Forderungen geld- wert zu machen, um Verteilungskonflikte lösen und Verteilungen überhaupt erst ermöglichen zu können. Deshalb sind Insolvenzforderungen u. U. inhalt- lich geändert anzumelden. So müssen nicht fällige als fällige Forderungen (§ 41 Abs. 1 InsO) und nicht auf Geld gerichtete Forderungen mit ihrem Schätzwert angemeldet werden (§ 45 S. 1 InsO). In gleicher Weise werden Forderungen auf wiederkehrende Leistungen gemäß § 46 InsO umgestaltet. Bereits unter der Konkursordnung wurde entschieden, dass eine einmal festgestellte Forderung auch nachträglich nicht zu korrigieren ist und eine Abänderungsklage nicht erhoben werden kann.<sup>516</sup> In den Entscheidungsgründen heißt es dazu, dass für den Vorteil alsbaldiger Rechtssicherheit die Gefahr einer Über- oder Unter- schätzung in Kauf genommen werden muss. Dies sei gerade das Wesen der *Schätzung*. Es ist deshalb durchaus möglich, dass sich die Umstände im Zeit- punkt der Verteilung erheblich geändert haben und die zu Grunde liegende Forderung tatsächlich in der ursprünglich geschätzten, aber festgestellten Höhe nicht mehr besteht. Eine ursprünglich nicht fällige Forderung wäre zu erfül- len, auch wenn sie im Zeitpunkt der Verteilung nach wie vor nicht fällig wäre. Auch eine umgerechnete und festgestellte Fremdwährungsforderung wäre in EUR zu erfüllen, selbst wenn während der Dauer des Insolvenzverfahrens die Fremdwährung erheblich an Wert verloren hat – in Zeiten europäischer Handelsbeziehungen und Währungskrisen eine denkbare Konstellation. Selbst diese objektiv betrachteten „Verteilungsungerechtigkeiten“ – möchte man sie überhaupt so bezeichnen, da systemimmanent – sind durch die Gläubiger und natürlich auch durch den Schuldner hinzunehmen.

<sup>514</sup> Uhlenbruck-InsO/Pape § 1 Rn. 13.

<sup>515</sup> Nerlich/Römermann-InsO/Becker § 1 Rn. 2.

<sup>516</sup> RGZ 170, 276.

### 7) Bekannte Gläubiger (§ 229 S. 3 InsO)

Das Gesetz schreibt für das Planverfahren selbst vor, dass auch bekannte aber eben nicht angemeldete Forderungen zu berücksichtigen sind (§ 229 S. 3 InsO). Ebenfalls sind Forderungen zu berücksichtigen, welche regelmäßig nicht oder jedenfalls nicht konkret bestimmt buchhalterisch ausgewiesen sein können wie bspw. Gewährleistungs- und Schadensersatzforderungen.<sup>517</sup> Ob die berücksichtigte Forderung letztendlich zu bestreiten wäre, weil sie bspw. als Schadensersatzforderung nicht bestimmt werden kann, kann zu diesem Zeitpunkt u. U. noch nicht beurteilt werden. Dennoch sind die Forderungen zu berücksichtigen und ausschließlich der Planarchitekt kann bestimmen auf welche Art und Weise, solange nur sein Vorschlag mehrheitsfähig bleibt. Daraus ist ersichtlich, dass eine Plangestaltung nicht nur auf die Gläubiger abgestimmt sein darf (bzw. kann!), die sich am Verfahren bereits beteiligt haben. Da dem so ist, spricht viel dafür konsequent eine Verteilung auch ohne Bezug zur Insolvenztabelle vorzunehmen.

### 8) Allgemeine Wirkung des Plans (§ 254 Abs. 1 InsO)

Die Zulässigkeit der Gestaltung einer anderen Verteilungsregel ist letztendlich auch die logische Konsequenz der allumfassenden Wirkung eines Insolvenzplans (§ 254 Abs. 1 InsO). Ohne erzwungenes kollektives Handeln würden sich die Gläubiger ein „Windhundrennen“ liefern oder desinteressiert Fernbleiben statt – wie vom Gesetzgeber gewünscht – zu verhandeln.<sup>518</sup> Während im Regelverfahren nur bekannte Gläubiger berücksichtigt werden, gelten die im gestaltenden Teil festgelegten Regelungen auch für Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, und auch für Beteiligte, die dem Plan widersprochen haben (§ 254b InsO). Die Rechte der Gläubiger, die sich am Regelverfahren (ob bewusst oder unbewusst) nicht beteiligt haben, bleiben nach Abschluss des Verfahrens unbeschränkt (vorbehaltlich der Regelungen über die Restschuldbefreiung), während eine Planregelung sämtliche Gläubiger mit ihren Forderungen erfasst. Jene Gläubiger werden aber nicht nur gebunden, sondern eben auch berechtigt, auch wenn sie ihre Forderungen nicht angemeldet haben und diese somit nicht in der Insolvenztabelle und auch nicht im Verteilungsverzeichnis erfasst werden konnten. Nach der neueren Rechtsprechung verstoßen Ausschlussklauseln gegen den Grundsatz, dass innerhalb jeder Gruppe allen Beteiligten gleiche Rechte anzubieten sind (§ 226 Abs. 1 InsO), da sie eine Ungleichbehandlung von Insolvenzgläubigern derselben Rechtsstellung allein aus dem Umstand der rechtzeitigen Forde-

<sup>517</sup> Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1176).

<sup>518</sup> Uhlenbruck-InsO/Pape § 1 Rn. 9.

rungsanmeldung bewirken.<sup>519</sup> Im Ergebnis können unbekannte Gläubiger (so genannte Nachzügler) Ansprüche aus dem Plan erheben und verlieren nicht ihr Forderungsrecht, wobei der vom Gesetzgeber eingeführte Vollstreckungsschutz und besondere Verjährungsregelung zu beachten sind (§§ 259a, 259b InsO). Nur eben die Frage, ob die zu Grunde liegende Forderung berechtigt ist, kann nach Verfahrensaufhebung nicht mehr über das erleichterte Anmelde- und Feststellungsverfahren geklärt werden. Das ist konsequent, da sich die Rechtsstellung der nicht (rechtzeitig) anmeldenden Insolvenzgläubiger nicht von denjenigen Gläubigern unterscheidet, die ausdrücklich im Insolvenzplan berücksichtigt wurden; ihnen entgehen lediglich Verfahrensrechte.<sup>520</sup> Eine besondere Schutzbedürftigkeit des am Insolvenzverfahren nicht teilnehmenden bzw. seine Forderung nicht ordnungsgemäß anmeldenden Insolvenzgläubigers ist nicht anzuerkennen. Infolge der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 30 Abs. 1, § 9 Abs. 1 InsO) kann jeder Gläubiger grundsätzlich von der Insolvenz (s)eines Schuldners Kenntnis erlangen.<sup>521</sup> Dadurch ist es dem Gläubiger möglich, seine Forderung auch rechtzeitig anzumelden.<sup>522</sup> Nach Aufhebung des Verfahrens kann der Gläubiger seine Forderung geltend machen, sofern es den Schuldner noch gibt bzw. die Forderung nicht von der Restschuldbefreiung erfasst wurde, muss diese aber gerichtlich erstreiten, sofern der Schuldner sie bestreitet. Ein Widerspruch des Schuldners im Regelverfahren blieb für Verteilungen noch ohne Konsequenz. Für das Planverfahren ist die Höhe der maximal möglichen Zahlung nun durch die jeweilige Planquote festgelegt, soweit der Gläubiger von einer Gläubigergruppe erfasst wurde. Im Planverfahren kommt es also nur zweitrangig darauf an, ob Gläubiger bekannt oder unbekannt sind und ob die zu Grunde liegende Forderung unbestritten oder bestritten ist. In den Vordergrund tritt die allgemeine Wirkung für und gegen alle Beteiligte.

### bb) Kritik

Betrachtet man den Einfluss und die Bedeutung der Insolvenztabelle für das Teilhaberecht objektiv, schaut insbesondere auf das Normengefüge, ist das bis-

---

519 BGH ZIP 2015, 1346; BAG ZInsO 2013, 2439; Paul ZInsO 2011, 1590 (1590); a. A. mit guten Argumenten: Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 254b Rn. 4 ff

520 BGH ZIP 2015, 1346.

521 Bekanntmachungen sind abrufbar unter [www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de). Mit Hilfe der Suchfunktion „Uneingeschränkte Suche“ und der Selektion nach bspw. Verfahrenseröffnungen, Bundesland, IN oder IK-Verfahren, werden Recherchen deutlich vereinfacht. Es werden alle Bekanntmachungen innerhalb eines Zeitraumes von 3 Monaten angezeigt.

522 BGH ZInsO 2011, 244.

herige Ergebnis natürlich kritisch zu hinterfragen, denn es gibt auch Anhaltspunkte dafür, dass eine tabellenunabhängige Verteilungsregel unzulässig sein könnte.

### 1) **Spezialgesetzliche Regelung des § 256 InsO?**

Im Gesetz findet sich keine ausdrückliche Regelung darüber, ob im Planverfahren bestrittene Forderungen an der planmäßigen Quotenzahlung teilnehmen *können*. Einen Hinweis hinterlässt allenfalls die Norm des § 256 InsO, die eine Regelung jedenfalls für den „latenten Quotenanspruch“<sup>523</sup> eines Gläubigers einer bestrittenen Forderung vorsieht.

Die Norm regelt unmittelbar jedoch nur die Rechtsfolgen der Nichtberücksichtigung einer bestrittenen Forderung, was wiederum nicht zwingend zur Folge hat, dass eine im Plan vereinbarte oder auch freiwillige Zahlung durch den Schuldner per se unzulässig ist.

### 2) **Durchführung des allgemeinen Prüfungstermins**

Gegen eine eigenständige Verteilungsregel in einem Insolvenzplan könnte der Grundsatz sprechen, dass keinerlei Zahlungen auf Gläubigerforderungen geleistet werden dürfen, solange nicht ein zuverlässiger Überblick über die tatsächlichen Verbindlichkeiten des Schuldners möglich war.<sup>524</sup> Gemeint ist wohl lediglich, dass keine Verteilung vor dem allgemeinen Prüfungstermin durchgeführt werden darf. Denn bis zum allgemeinen Prüfungstermin können Gläubiger ihre Forderungen ohne zusätzliche Kosten anmelden. Die Möglichkeit, Verteilungen noch vor Ablauf der Anmeldefrist durchführen zu können, würde dann dem Sinn und Zweck einer Anmeldefrist widersprechen. Gläubiger müssen, ohne Rechtsnachteile befürchten zu müssen, die Frist ausschöpfen können. Da auch der Erörterungs- und Abstimmungstermin über einen Insolvenzplan nicht vor dem allgemeinen Prüfungstermin stattfinden darf, und zudem die Gläubiger auch unabhängig davon, ob sie ihre Forderungen bereits angemeldet haben, berechtigt und verpflichtet werden, sind im Vergleich zum Regelverfahren über eine Planlösung keine Rechtsnachteile möglich. Im Gegenteil – das Planverfahren schafft gerade erst den Überblick.

---

<sup>523</sup> Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1173).

<sup>524</sup> Nerlich/Römermann-InsO/*Westphal* § 187 Rn. 3.



### 3) Vorläufigkeit (k)ein Prinzip des Insolvenzverfahrens?

Ungeachtet der Frage, ob das Insolvenzverfahren ein Eilverfahren ist, kennt die InsO zwar vorläufige Maßnahmen (§§ 21 ff. InsO), ist aber in der Gesamtschau auf Endgültigkeit angelegt.<sup>525</sup> Die zum Stichtag der Verfahrenseröffnung vorhandene Haftungsmasse wird den Gläubigern zugewiesen und wird vollständig verwertet und anschließend verteilt. Die im Zusammenhang mit Schuld und Haftung stehenden Fragen sollen nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens vollständig beantwortet sein und nicht einer nachgeschalteten Korrektur unterzogen werden können. Bspw. löst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Durch die Auflösung ist die Gesellschaft jedoch noch nicht beendet. Sie muss vielmehr liquidiert werden, was im Falle der Insolvenz nach den insolvenzrechtlichen Vorschriften geschieht. Entsprechend lautete der Regierungsentwurf für § 1 Abs. 2 S. 3 InsO noch, dass bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit das Verfahren an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung tritt.<sup>526</sup> Die redaktionelle Straffung des § 1 InsO hat an dieser Grundeinstellung nichts geändert, so dass das Insolvenzverfahren die Aufgabe der gesellschaftsrechtlichen Abwicklung bis hin zur Herbeiführung der Lösungsreife und anschließenden Löschung übernimmt.<sup>527</sup>

Doch kein Grundsatz ohne Ausnahme. Für den Fall, dass Vermögenswerte, bspw. weil weit über Wert belastet und deshalb vom Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse freizugeben sind, verbleiben „ungeklärte“ Fragen der Liquidation, die durchaus außerhalb des Insolvenzverfahrens und vor Löschung im Sinne einer Vollabwicklung der Gesellschaft zu klären sind. Nichtsdestotrotz kann dem Insolvenzverfahren das Prinzip der Einheitlichkeit und Endgültigkeit nicht abgesprochen werden, das gegen eine Verfahrenslösung sprechen könnte, mit der vollendete Tatsachen durch Zahlung auf unklare Forderungen geschaffen werden. Doch genau hier ist erneut die Besonderheit angesprochen. Insolvenzrecht ist im Kern Vollstreckungsrecht und die erste Stufe der Rechtsverfolgung, nämlich der Erkenntnisprozess, kaum ausgeprägt.<sup>528</sup> Für die Verfahrensabwicklung genügt es vielmehr, wenn sich Gläubiger und Insolvenzverwalter über die angemeldeten Forderungen besprechen und einigen bzw. faktisch gesehen schweigen. Denn nur Forderungen, denen im Prüfungstermin widersprochen wurde, werden erörtert, andernfalls gelten sie als festgestellt. Und selbst ein Widerspruch hindert den weiteren Fortgang des Verfahrens nicht. Natürlich werden – mit Blick auf Art. 14 GG sogar müssen – Rückstel-

<sup>525</sup> Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 73, Rn. 220.

<sup>526</sup> Wortlaut der Entwurfsfassung des § 1 InsO, vgl. BT-Drs. 12/2443, 10.

<sup>527</sup> Uhlenbruck-InsO/Pape § 1 Rn. 11.

<sup>528</sup> Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 73, Rn. 221.; S. 4, Rn. 10.

lungen für bestrittene Forderungen gebildet, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen, dennoch kann das Insolvenzverfahren beendet und aufgehoben werden. Eine Verteilungsregel ersetzt im Prinzip die gesetzlich vorgeschriebenen Rückstellungen und ist wiederum damit letztendlich auch Ausdruck der Endgültigkeit des Verfahrens.

#### 4) Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG?

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, dass ihm der Rechtsweg offen steht. Hierdurch wird aber nicht die Errichtung jeder Schranke auf dem Weg zum Gericht verboten. Die dem Gesetzgeber obliegende normative Ausgestaltung des Rechtswegs muss aber das Ziel dieser Gewährleistung – nämlich den wirkungsvollen Rechtsschutz – verfolgen. Die Beschränkung muss im Hinblick auf das Ziel geeignet und angemessen sowie für den Rechtsuchenden zumutbar sein.<sup>529</sup>

Die Abhandlung der Insolvenzforderungen im weitesten Sinne ist eines der wesentlichsten Aspekte des Insolvenzverfahrens und liegt in der vom Staat geschuldeten Justizgewähr begründet und ruht deshalb nicht allein auf den Schultern des ansonsten weitgehend selbstständig agierenden Insolvenzverwalters (oder gar der Gläubiger).<sup>530</sup> Unabhängig von der Frage, inwieweit Gläubiger, Schuldner und Insolvenzverwalter unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind, ist jedenfalls das Insolvenzgericht an Recht und Gesetz gebunden (Art. 1 Abs. 3 GG). Eine Verteilungsregel, die in einem Insolvenzplan vorgeschlagen wird und letztendlich auch so durch das Insolvenzgericht bestätigt werden muss, verstößt hiergegen nicht, weil es ein Recht des Gläubigers bleiben muss und auch bleibt, seine streitbefangene Forderung gerichtlich feststellen zu lassen.

Schätzungen im Insolvenzverfahren sind systemimmanent und entsprechen den Anforderungen der Rechtsstaatlichkeit. Die Mehrheit hat nicht mehr Rechte als die Minderheit. Die Mehrheitsentscheidung garantiert auch nicht das wirtschaftliche Optimum – muss es aber auch nicht. Die Mehrheitsentscheidung soll lediglich den Weg und das Ergebnis legitimieren, weil die Entscheidenden für die Richtigkeit ihrer Entscheidung einzustehen haben. Der Staat und die jeweiligen Organe der Rechtspflege überwachen das Verfahren und garantieren den Rechtsweg. Der Rechtsschutz besteht im Grundsatz und erfährt im Insolvenzrecht gewisse verfassungskonforme Einschränkungen.<sup>531</sup>

<sup>529</sup> BGHZ 202, 133 = ZIP 2014, 1442.

<sup>530</sup> Becker, Insolvenzrecht, 2010, S. 356, Rn. 1273.

<sup>531</sup> Beschränkungen bestehen bspw. für nicht an Gläubigerversammlungen (vgl. § 78 InsO oder § 253 Abs. 2 Nr. 1 InsO) und erst recht nicht am Insolvenzverfahren teilnehmende Gläubiger (§ 254b InsO).

Dieser restriktive Schutz insbesondere nicht teilnehmender Gläubiger ist interessengerecht.<sup>532</sup> Schließlich darf ein Gläubiger, der durch eine Nichtteilnahme sein mangelndes Interesse und sein fehlendes Engagement zeigt, im Hinblick auf eine etwaige insolvenzgerichtliche Kontrolle von Beschlüssen der Gläubigerversammlung nicht gleichgestellt werden mit denjenigen Gläubigern, die ihre Interessen in der betreffenden Versammlung wahrzunehmen versucht haben. Im Übrigen kann der teilnehmende Gläubiger seine Rechte weiterhin erstreiten, es ist nur u. U. nicht mehr genug Geld vorhanden, um seine nachträglich errechnete Quote befriedigen zu können, weil die Verteilungskonflikte über den Plan bereits gelöst wurden. Etwaige Verteilungsungerechtigkeiten können im Verhältnis dazu aber auch im Regelverfahren vorkommen und sind dem Insolvenzverfahren systemimmanent, nämlich u. a. dann, wenn der Gläubiger seine Forderung erst verspätet anmeldet und bereits eine Abschlagsverteilung oder gar der Schlusstermin bereits stattgefunden hat oder der Gläubiger bei einer geplanten Abschlagsverteilung die Voraussetzungen einer Rückstellung für seine bestrittene Forderung nicht rechtzeitig erfüllt.

### cc) Ergebnis

Der Insolvenzverwalter hat im Grundsatz dafür Sorge zu tragen, dass bei Verteilungen nur berechtigte Forderungen berücksichtigt werden, weshalb sich die Verteilung nach den Regeln der §§ 187 ff. InsO im Planverfahren bewährt hat und häufig auch auf sie Bezug genommen wird. Auf die Frage, ob die §§ 187 ff. InsO u. U. analog angewandt werden können<sup>533</sup>, kommt es nicht an, da es das Problem nicht löst und deshalb eine vollkommen eigenständige und von der Insolvenztabelle – die eine strukturelle und ordnungsrechtliche Grundlage des Verteilungsverzeichnisses darstellt – losgelöste Verteilungsregel vereinbart werden soll. Die alltägliche Insolvenzpraxis hat deshalb eine neutrale Sicht auf die Dogmatik der Tabellenfunktion erschwert, weil es regelmäßig keinen Grund gab, von ihr abzuweichen. Objektiv betrachtet hat sich aber gezeigt, dass überzeugende Argumente für die Zulässigkeit einer tabellenunabhängigen Verteilungsregel sprechen. Deshalb wäre es im Ergebnis denkbar, die Verteilung über einen Plan durchzuführen und zugleich die Forderungsfeststellung fortlaufen zu lassen. Verzichten die Gläubiger anschließend infolge der bereits erfolgten Verteilung auf die gerichtliche Feststellung ihrer streitigen Forderungen, so hätte der Plan die gewünschte beschleunigte Verteilung umgesetzt, ohne zugleich formal ein Feststellungsverfahren sowie eine Insolvenztabelle zu verdrängen.

<sup>532</sup> Ehricke NZI 2000, 57 (60).

<sup>533</sup> So Breutigam/Kahlert ZInsO, 2002, 469 (469).

**c) Einfluss und Bedeutung für das Vollstreckungsrecht (§ 257 InsO)**

Im Regelverfahren bestimmen sich die Rechte der Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens, insbesondere das Vollstreckungsrecht, nach § 201 InsO. Die Vollstreckung aus dem Plan regelt hingegen eigenständig § 257 InsO. Die Vollstreckungsmöglichkeit nach § 257 InsO ist für Gläubiger verwehrt, die ihre Forderung überhaupt nicht angemeldet haben oder bei rechtskräftiger Bestätigung eines Insolvenzplans unbekannt waren. Nach Abs. 1 können all die anderen Gläubiger aus dem rechtskräftig bestätigten Insolvenzplan in Verbindung mit der Eintragung in die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben, soweit deren Forderungen festgestellt und nicht vom Schuldner im Prüfungstermin bestritten worden sind. Für bestrittene Forderungen kann während des andauernden Planverfahrens noch die gerichtliche Feststellung betrieben werden.<sup>534</sup> Auch nach Abschluss des Planverfahrens sollen Gläubiger eine erleichterte Möglichkeit der Vollstreckung haben. Entweder für die im Plan vorgesehene aber auch nach Aufhebung des Verfahrens nicht erbrachte Leistung oder für den restlichen Forderungsteil, soweit er nicht einem Forderungsverzicht unterlag. Nach dem Sinn und Zweck der Normen sollen die Gläubiger im Vergleich zum Regelverfahren nicht schlechter gestellt werden.

Weil Gläubiger für die Dauer des Verfahrens durch § 87 InsO eingeschränkt werden, regelt die Norm nur die Vollstreckung *aus dem Plan* nach Beendigung des Insolvenzverfahrens. Sie hat deshalb für verfahrensbegleitende Insolvenzpläne jedenfalls bis zur Aufhebung des Verfahrens keinen Regelungsgehalt und dann auch nur, wenn der Plan teilweise unerfüllt bleibt und einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Im Übrigen dürfte sich das Vollstreckungsrecht nach § 201 InsO richten.

Ein verfahrensbegleitender Verteilungsplan wird noch während des eröffneten Verfahrens durch den Insolvenzverwalter erfüllt, denn die Verwertung des verbliebenen Vermögens oder andere Verfahrenstätigkeiten folgen noch den Regelungen des Regelverfahrens. Ungeachtet der Verteilungsregel bleibt es ein Recht des Gläubigers, seine Forderung streitig feststellen zu lassen, um über den Eintrag in die Tabelle an einen Vollstreckungstitel zu gelangen. Dieses Vorgehen muss der Gläubiger im Einzelfall abwägen.

In Liquidationsfällen von Gesellschaften mit einer Rechtspersönlichkeit geht den Gläubigern der Vollstreckungsschuldner abhanden. In Liquidationsfällen von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit, bei denen u. U. eine Haftung eines persönlichen Gesellschafters infrage kommt, kann mit der Vollstreckung nach § 257 Abs. 1 InsO nicht auf das Privatvermögen des persön-

---

534 Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1179).

lich haftenden Gesellschafters zugegriffen werden.<sup>535</sup> Allein im Hinblick auf die Vollstreckungsmöglichkeit nach Aufhebung des Verfahrens werden Gläubiger in Liquidationsfällen auch keinen Feststellungsrechtsstreit mehr führen.

Etwas anderes gilt im Sanierungsfall, wo die Insolvenzgründe durch einen Insolvenzplan vollständig beseitigt werden und der ursprüngliche Rechtsträger wirtschaftlich neu geordnet werden soll. Die im Plan vorgesehenen Leistungen an die Gläubiger erfüllt i. d. R. der Schuldner nach Rechtskraft des bestätigten Insolvenzplans und alsbaldiger Aufhebung des Verfahrens und nicht mehr der Insolvenzverwalter. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis geht wieder auf den Schuldner über (§ 259 Abs. 1 InsO). Die Gläubiger haben also einerseits ein Interesse an der Vollstreckung der im Plan vorgesehenen Zahlung auf ihre bestrittenen Forderungen und andererseits ein Interesse an der Vollstreckung der restlichen Forderungen, soweit diese noch durchsetzbar sind (§ 224 InsO). Nur in diesem Umfang kann noch eine Zwangsvollstreckung stattfinden.

Bei massenhaft streitigen Forderungen ist eine Vollstreckung jedoch nicht möglich, da die Forderung nach den besonderen vereinfachten insolvenzrechtlichen Vorschriften nicht festgestellt wurde – der hier vorgestellte Verteilungsplan ermöglicht nur eine Verteilung. Gläubiger angemeldeter aber bestrittener Forderungen bleibt die Möglichkeit, bis zur rechtskräftigen Planbestätigung einen Feststellungsprozess rechtshängig zu machen.<sup>536</sup> Denn einer nicht bestrittenen Forderung steht eine Forderung gleich, bei der ein erhobener Widerspruch beseitigt wurde (§ 257 Abs. 1 S. 2 InsO) – was auch nach Aufhebung des Verfahrens möglich ist, da es andernfalls dieses Zusatzes nicht bedurft hätte. Gläubiger, die keinen Feststellungsprozess noch vor rechtskräftiger Planbestätigung anstreben, und Gläubiger nicht angemeldeter Forderungen können einen Vollstreckungstitel nur nach den allgemeinen Regeln erlangen. Die Verteilungsregel ändert hieran nichts.

Nach alledem wäre auch die vorgesehene Quotenzahlung nicht vollstreckbar. Deshalb wäre im Einzelfall zu empfehlen, im Sanierungsfall die Abschlagszahlung noch vor Aufhebung des Verfahrens vom Insolvenzverwalter durchführen zu lassen, was im Plan vereinbart werden könnte.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Insolvenztabelle mit bzw. nach Aufhebung des Verfahrens eine sehr bedeutende und wesentliche vollstreckungsrechtliche Rolle einnimmt. Auswirkungen auf eine Verteilungsregel, losgelöst von der Insolvenztabelle, hat diese Erkenntnis jedoch nicht. Die Gläubiger werden im Planverfahren auch im Vergleich zum Regelverfahren nicht

535 MüKoInsO/Huber § 257 Rn. 11; FK-InsO/Jaffé § 257 Rn. 12; Hess, Insolvenzrecht § 257 Rn. 15; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 257 Rn. 14, anders bei erfolgreicher Reorganisation; Nerlich/Römermann-InsO/Braun § 257 Rn. 3.

536 Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1178).

schlechter gestellt. Sie können ihr bestrittenes Forderungsrecht einklagen und die Voraussetzungen der Vollstreckung auch im Planverfahren, jedenfalls bis zur rechtskräftigen Planbestätigung, schaffen.

#### 4. Fazit

Eine vom Regelverfahren losgelöste Verteilung im Planverfahren ist möglich. Eine eigenständige Verteilungsregel erscheint nur auf den ersten Blick fern vom Gesetz. Man betrachte allein die wesentliche Besonderheit des Insolvenzverfahrens, die darin liegt, dass die Beteiligten ihre Forderungen gegenseitig außer Streit stellen können, ungeachtet etwaiger Einwendungen des Schuldners und selbst bei einer unsicheren rechtlichen Lage, indem sie schlicht keine Widersprüche gegen die Forderung erheben – selbst in Kenntnis von materiell-rechtlichen Einwendungen – oder Vergleiche schließen und den Gläubiger so an den Erlösen partizipieren lassen. Eine Planlösung, die die Zustimmungsqoten erfüllt, ist damit nichts anderes als eine Gläubigerübereinkunft, die streitgegenständlichen Forderungen jedenfalls als bestehend zu betrachten – *unabhängig* von tatsächlichen oder rechtlichen Ungewissheiten, die rechtsverbindlich in kurzer Zeit und erst recht nicht für alle Gläubiger endgültig und rechtssicher bestimmt werden können. Der wahre Bestand der Forderungen bleibt – wie auch häufig im Regelverfahren – ungewiss.

Soweit es vom Gläubiger aus anderen Gründen (gesicherte Mitbestimmung, Vollstreckungsrecht) gewünscht wird, müssen – so der BGH im Phoenix-Judikat – seine Insolvenzgläubigerrechte über das formale Feststellungsverfahren konkret bestimmt werden können, weil in das insolvenzrechtliche Feststellungsverfahren nicht eingegriffen werden kann und mit einem Verteilungsplan auch nicht eingegriffen werden soll. Dies ist gewährleistet. Nur das gewünschte Ergebnis, nämlich die Verteilung der Insolvenzmasse, erfolgt nach den Regelungen des Insolvenzplans. Die Vorgaben des BGH werden eingehalten. Das Missbrauchspotential ist gering. Eine natürliche Grenze für die Vielzahl denkbarer Regelungen, wie mit bestrittenen Forderungen im Insolvenzfall bei Verteilungen umgegangen werden soll, ergibt sich bereits aus der Natur der Sache, denn der Plan bedarf der Annahme durch die Gläubiger und hat sich deshalb auf Maßnahmen zu beschränken, die für diejenigen, die über die Annahme des Plans zu entscheiden haben, zumutbar und akzeptabel sind.<sup>537</sup> Den nicht überzeugten Gläubigern bleibt es vorbehalten, ihre streitigen Ansprüche und damit auch ihre Gläubigerposition nach den insolvenzrechtlichen Vorschriften gerichtlich feststellen zu lassen. Dies hätte zwar Auswirkungen auf zukünftige

<sup>537</sup> Bork ZJP 1996, 473 (477); FA-InsR/Gietl S. 859 Rn. 17, wonach spezielle Formen der Verteilung des Verwertungserlöses zulässig sind.

Abstimmungen oder auf das Vollstreckungsrecht, jedoch hat dies keinen Einfluss (mehr) auf Verteilungen, da zum einen der Plan die Verteilung eigenständig regelt und zum anderen die Rechte der Gläubiger im Plan auf den Verteilungsschlüssel abgestimmt und bei Aufhebung des Verfahrens harmonisiert gekürzt werden können (§ 224 InsO). Eine etwaige Schlechterstellung im Vergleich zum Regelverfahren, soweit dies darstellbar wäre, könnte – wie sich noch zeigen wird – über bereitgestellte Mittel im Planverfahren aufgefangen werden (§ 251 Abs. 3 InsO). Ausgehend von der Zulässigkeit einer tabellenunabhängigen Verteilungsregel werden die Idee und die These daher nachfolgend weiter im Detail untersucht.

### **V. Umsetzungs- und Verfahrensfragen**

Soweit zum grundlegenden Gesamtkonzept. Ausführungen zu beispielhaften Verteilungsregeln, den Regelungen, denen die Rechte der Insolvenzgläubiger durch den Plan unterworfen werden können, der Gruppenbildung und sonstigen Verfahrensfragen, vor allem Fragen zur Planbestätigung und der Möglichkeit von Ausgleichsmitteln sind Gegenstand des folgenden Abschnittes.

#### **1. Beispielhafte Verteilungsregel durch Schätzung von Verbindlichkeiten**

Während also im Regelverfahren nur unstreitige Forderungen an Verteilungen teilnehmen und streitige Forderungen nur, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, kann die Verteilung im Planverfahren auch ausschließlich den Regelungen des Plans folgen.

##### **a) Grundsatz I: „Alles“ oder „Nichts“**

Was ist denkbar? Der Planverfasser kann die Verteilungsmechanismen der InsO modifizieren oder abbedingen und neu regeln und damit Gläubiger streitbefangener Forderungen durch Kreierung einer Verteilungsregel rechtsicher bedienen und über § 224 InsO (vollständig) abfinden. In jedem Fall gilt, dass – wenn weitere Abschlagsverteilungen erforderlich sein sollten – der Plan auch hierfür Regelungen vorsehen muss; jedenfalls immer die Art und Weise der Schlussverteilung, weil auch später ein sicherer Rückgriff auf die Insolvenztabelle nicht garantiert werden kann. Ohne Regelung würde die Planverteilung mit einer Schlussverteilung im Regelverfahren u. U. unvereinbar kollidieren, was auch aus Haftungsgründen bei der Planerstellung zu vermeiden ist.



### **b) Grundsatz II: Inhaltsoffenheit und Fairnessgebot**

Bezugspunkt bzw. Ausgangspunkt für eine Planverteilung ist nicht die Insolvenztabelle; sie muss auch nicht dem Verteilungsverzeichnis entsprechen, das wiederum an die Insolvenztabelle anknüpft. Vielmehr kann jede denkbare Zahlungs- und Verteilungsvariante an Verfahrensbeteiligte vereinbart werden, solange genügend Gläubiger für diese Lösung gewonnen und im Abstimmungstermin die gesetzlich erforderlichen Mehrheiten erreicht werden, was gelingt, wenn die vorgesehene Planregelung fair und die Interessen möglichst vieler (wenn auch nicht aller) Gläubiger berücksichtigt und niemand im Vergleich zum Regelverfahren schlechter gestellt wird. Zum letztgenannten Aspekt später mehr. Der Planarchitekt muss „lediglich“ einen mehrheitsfähigen Verteilungsschlüssel als Pendant zum Regelverteilungsverfahren finden, bei dem Ausgangspunkt die Insolvenztabelle und das Verteilungsverzeichnis war. Dieser kann vielfältig geformt sein. Im Grundsatz sind alle theoretisch denkbaren Verteilungs- und sonstigen (Berechnungs-)Methoden zulässig, solange diese mehrheitsfähig sind und das Schlechterstellungsverbot berücksichtigt.

### **c) Die homogene Schuldenmasse**

Der Verteilungsbetrag steht regelmäßig fest – bspw. wurden Vermögenswerte bereits versilbert oder Gelder können von Dritten beigebracht werden. Doch nach welchen Kriterien ermittelt bzw. schätzt man den Bezugspunkt für die Verteilung? Alles ist möglich. Es bietet sich ein erster Blick auf die Schuldenmasse an. Denn eine entscheidende Vorfrage ist, wie die Gläubiger ihre Forderungen berechnet haben. Im Falle einer homogenen Passivmasse, d. h. alle (bzw. die wesentlichen) Forderungen wurden mit einer identischen oder jedenfalls vergleichbaren Berechnungsmethode angemeldet, ist eine Schätzung besonders einfach. Es wird das angemeldete Forderungsvolumen mit dem Ausschüttungsbetrag ins Verhältnis gesetzt, was i. d. R. automatisch eine gerechte Quote ergeben dürfte, weil die Unsicherheit bei der Forderungsbestimmung für alle gleichermaßen gilt. Eine homogene Passivmasse ist jedoch nicht der Regelfall. Entweder wurden unterschiedliche Berechnungsmethoden angewandt oder es gibt verschiedene Forderungsgruppen.

### **d) Die inhomogene Schuldenmasse**

Haben die Gläubiger unterschiedliche Berechnungsmethoden angewandt, so dass ein und dieselbe „Kategorie“ von Forderung, abhängig von der jeweiligen Berechnungsmethode, unterschiedlich hoch angemeldet sein kann, wird es komplizierter und aufwendiger. So lag der Fall auch im Verfahren Phoenix. Hier sind mehrere Wege denkbar. Es empfiehlt sich jedenfalls nicht, die Schul-

denmasse wie zuvor mit dem Ausschüttungsbetrag ins Verhältnis zu setzen und einfach das gesamte angemeldete Forderungsvolumen einheitlich zu kürzen, da so diejenigen Gläubiger übervorteilt werden, die Mondforderungen angemeldet haben und diejenigen Gläubiger benachteiligt werden, die von Anfang an einen sachgerechten Berechnungsbogen gewählt haben.

In solchen Konstellationen liegt es vielmehr nahe, die gesamte streitige Schuldenmasse mit einem eigenständigen aber eben nachvollziehbaren und vor allem für alle einheitlichen Berechnungsmodus zu ermitteln oder Forderungsgruppen zu kategorisieren und entsprechend zu bestimmen. Die so erfolgte Schätzung der Forderungen erfolgt nur zum Zwecke der Verteilung! Die Differenzen zwischen dem Berechnungsergebnis nach der Planberechnungsmethode und den jeweils angemeldeten Forderungen variieren dann im Einzelfall und sind im Falle von Mondforderungen entsprechend am höchsten. Durch den eigenständigen Berechnungsbogen ist natürlich auch das Gegenteil möglich, nämlich dass angemeldete Forderungen nunmehr mit einem höheren Betrag berücksichtigt werden.

Bei der Schätzung muss der Planvorleger im Zweifel die Methode anwenden, die in der konkreten Situation am besten passt. Dabei ist der Planarchitekt nicht an das Recht gebunden, das die endgültige Bestimmung der Forderung regeln würde. Es gibt keine Beschränkungen bei der Forderungsschätzung als Bezugspunkt für eine Verteilung. Dadurch bestimmen die speziellen Gegebenheiten des Falles darüber, wie im Einzelfall geschätzt wird. Die im Phoenix-Plan bestimmte Berechnungsmethode nach „Option C“<sup>538</sup> hätte eine einfache Art der Schätzung der Passivmasse sein können (also Einzahlungen abzüglich Auszahlungen zuzüglich einer fiktiven Verzinsung). Der Unterschied bestünde jedoch darin, dass der Forderungsbestand der Insolvenztabelle nicht endgültig bestimmt, sondern der Verteilungsplan die Passivmasse unverbindlich und ausschließlich für die Zwecke der Verteilung schätzt, also das Verteilungsverzeichnis eigenständig kreiert.

Weitere Verteilungsmechanismen sind denkbar. So könnten bei Schadensersatzansprüchen aufgrund von Körperschäden auf externe Bewertungsmethoden oder Tabellen verwiesen und abgestellt – bspw. auf die Gliedertaxe – oder schlicht Pauschalen je schädigendem Ereignis angeboten werden.<sup>539</sup> Flexibel ist man auch hinsichtlich des zu verteilenden Betrages. So können verschiedene

---

538 Sie berücksichtigte die Einzahlungen und Auszahlungen an die Anleger zurück, wobei anstelle des tatsächlich ermittelten (negativen) Handelsverlaufs oder ausgewiesener Scheingewinne für den Anlagezeitraum eine fiktive Verzinsung von 3 % zu Gunsten der Anleger berücksichtigt werden sollte.

539 So bieten bspw. Fluggesellschaften im Falle einer verunglückten Maschine außerhalb der Insolvenz regelmäßig Pauschalen an, jedenfalls für immaterielle Schäden, bilden Hilfsfonds und füllen Treuhandkonten, mit denen individuelle materielle Schäden

Sondermassen mit festgelegten Verteilungsbeträgen gebildet und reserviert werden – bspw. wenn abgrenzbare Gläubigergruppen unbestimmte Forderungen anmelden. Für diese isolierte Masse könnten eigenständige inhaltliche wie auch zeitliche Auszahlungsregeln definiert werden. Auf diesem Wege könnte man dem Problem latenter Schäden von Gläubigern begegnen und diese entsprechend kompensieren, nämlich dergestalt, dass ein festgelegter Verteilungsbetrag treuhänderisch als Sondermasse für einen bestimmten Zeitraum verwahrt wird und für spätere Verteilungen genutzt werden kann. Auch hier wären Auszahlungsregeln zu definieren.

Unabhängig von der Bildung von Sondermassen, der Berechnungsmethode oder des Verteilungsschlüssels ist entscheidend, die Mehrheit der Gläubiger für eine wirtschaftlich sinnvolle Schätzung zu gewinnen, auf deren Grundlage die Verteilung erfolgt, um denkbare oder jedenfalls behauptete Verteilungsungerechtigkeiten zu kompensieren. Für Nachzügler oder unbekannte Gläubiger könnten Rücklagen gebildet werden.

## **2. Die Festlegung einer Zielverschuldung (§§ 224, 255 f. InsO)**

Der gestalterische Kern des hier vorgestellten Verteilungsplans ist die Verteilungsregel. Doch neben der u. U. erforderlichen Gruppenbildung erlangt auch § 224 InsO für die nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger in Einzelfällen eine wesentliche Bedeutung, wonach im Plan anzugeben ist, um welchen Bruchteil die Forderungen gekürzt werden. Da der Bezugspunkt, also die Höhe der Schuldenmasse, unbekannt ist, geht es bei massenhaft streitigen Forderungen genau genommen nicht um die Kürzung eines Ist-Bestandes, sondern um die Bestimmung einer Zielverschuldung. Der Plan könnte dazu eine Kürzung der Gläubigerforderungen gemäß § 224 InsO vorsehen, die unabhängig vom Ausgangswert der streitigen Forderung nur einen Sockelwert, der in der Regel dem Ergebnis der Verteilungsregel entsprechen müsste, bestehen lässt.

### **a) Grundlagen**

Der Gesetzgeber hat die Norm des § 224 InsO offen gestaltet, so dass auch andere Eingriffe im Einzelfall möglich sind. Der BGH<sup>540</sup> hat dabei entschieden, dass gekürzte Insolvenzforderungen nur noch in Höhe der vereinbarten Quoten durchgesetzt werden können. Soweit sie als erlassen gelten, sind sie

---

kompensiert werden sollen. Auch bzw. gerade solche Individualschäden könnten im Insolvenzfall mithilfe einer Schätzung rechtssicher abgefunden werden.

540 BGH ZInsO 2011, 1214.

zwar nicht erloschen<sup>541</sup>, bestehen aber nur noch als natürliche, unvollkommene Verbindlichkeiten fort, deren Erfüllung möglich ist, aber nicht erzwungen werden kann. Das veranschaulicht auch § 254 Abs. 3 InsO, wonach Leistungen des Schuldners nicht kondiziert werden können. Im Übrigen bleiben sie ihrem Wesen nach auch unverändert.<sup>542</sup>

Es besteht ein unmittelbares Verhältnis zu § 257 InsO. Nach allgemeiner Ansicht müssen die Angaben im Plan inhaltlich so bestimmt und ausgestaltet werden, dass sie in Bezug auf den Individualanspruch des Gläubigers einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben.<sup>543</sup> Das bezieht sich jedoch lediglich auf den zur Tabelle festgestellten Forderungsbetrag.<sup>544</sup> Nur hierfür erlangt der Gläubiger eine vereinfachte Vollstreckungsmöglichkeit. Im Übrigen erfasst die Vorschrift alle Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) also auch unabhängig davon, ob sie im laufenden Insolvenzverfahren überhaupt oder alle Forderungen angemeldet haben. Deshalb gilt § 224 InsO erst recht für Forderungen, die angemeldet aber noch nicht zur Tabelle festgestellt wurden. Die Regelungen müssen nur keinen vollstreckungsfähigen Inhalt haben, weil gerade keine Vollstreckung mittels Tabelle und Plan erfolgen kann.

Es ist somit zunächst einmal zulässig, auch die Rechte der Insolvenzgläubiger mit streitbefangenen Forderungen zu regeln, sie also bspw. einer Kürzung zu unterwerfen oder einen Maximalbetrag zu bestimmen, auf den die Forderung (runter)gekürzt wird, unabhängig davon, ob sie angemeldet, festgestellt oder überhaupt bekannt ist. Die Korrektur der Tabelle hätte lediglich Auswirkungen in Bezug auf das Vollstreckungsrecht.

Die Forderung wird dabei tabellenunabhängig gekürzt. Das ergibt sich auch aus der Betrachtung der Vorgehensweise eines Gläubigers, der gegen einen sanierten Schuldner eine nicht angemeldete Forderung nach Abschluss des Planverfahrens und Beendigung des Insolvenzverfahrens geltend machen möchte. Seine Forderung konnte mangels Anmeldung und Feststellung zur Tabelle nicht titulierte werden, weshalb er nicht in den Genuss einer erleichterten Zwangsvollstreckung kommt. Bestreitet der sanierte Schuldner den Grund oder den Betrag der Forderung, muss der Gläubiger seine Forderung zunächst gerichtlich feststellen lassen.<sup>545</sup> Aufgrund des Vorrangs der Leistungsklage, deren Erhebung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens gegen den Schuldner wieder möglich ist, hat der Gläubiger vor den ordentlichen Gerichten Leistungsklage zu erheben und zwar direkt gegenüber dem Schuldner bzw. seine

541 So jedenfalls Palandt/Grüneberg Einl. v. § 241 Rn. 12.

542 Uhlenbruck-InsO/Sternal § 301 Rn. 16.

543 Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 224 Rn. 5.

544 Nerlich/Römermann-InsO/Braun § 224 Rn. 6.

545 BGH ZInsO 2012, 1321.

bereits erhobene Feststellungsklage dahingehend umzustellen<sup>546</sup>, da es kein förmliches Feststellungsverfahren mehr gibt. Wurde im Rechtsstreit über die Berechtigung des Gläubigers entschieden, kann der Gläubiger dann nur noch Erfüllung in Höhe der im Insolvenzplan festgelegten Quote verlangen.

Ob eine Kürzung von Forderungen notwendig ist, und wenn ja, welchen Regelungen die Rechte der Insolvenzgläubiger im Einzelfall unterworfen werden müssen, hängt vom jeweiligen Ziel des Insolvenzplans ab, und ist daher i. d. R. abhängig davon, ob es sich um eine Liquidation oder Sanierung handelt.

### b) Liquidation

In den Fällen, in denen das Vermögen versilbert und verteilt werden soll, bedarf es nur dann einer Kürzung der Insolvenzforderungen, wenn nach Beendigung des Insolvenzverfahrens der Rechtsträger weiter existieren soll (natürliche Personen) oder eine fortgesetzte persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der insolventen Gesellschaft droht (§ 128 HGB), die während des Verfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden konnte (§ 93 InsO), weil nach Abschluss des Verfahrens Vollstreckungsversuche ins Leere laufen. Die natürliche Person erhält in der Regel die Restschuldbefreiung oder bleibt vermögenslos bzw. der Rechtsträger geht abhanden. In Liquidationsfällen hat der Gläubiger bei erfolgreicher Klage also keinen Vorteil durch sein Nachforderungsrecht. Es besteht auch kein Anspruch auf eine ausgleichende Verteilung, weil praktisch keine Mittel mehr vorhanden sind und Grundlage der Verteilung ausschließlich die Verteilungsregel im Plan war. Die korrigierte Tabelle begründet keinen Zahlungsanspruch, nur der Plan.

Ein Verteilungsplan, der hingegen eine Abschlagsverteilung regelt und vorsieht, dass das Verfahren durch den Insolvenzverwalter nach den Vorschriften der Regelinsolvenz weiter abgewickelt werden soll (verfahrensbegleitender Insolvenzplan), muss auch etwaige weitere Verteilungen, jedenfalls die Schlussverteilung regeln. Auch in diesen Fällen wäre eine Kürzung der Forderung zwar unschädlich, in der Regel aber wohl nicht erforderlich. Die Gläubiger sind für die Dauer des Insolvenzverfahrens gehindert, ihre Insolvenzforderung außerhalb der insolvenzrechtlichen Vorschriften geltend zu machen (§ 87 InsO). Zwar wäre nach einem erfolgreich geführten Feststellungsprozess die Insolvenztabelle zu korrigieren. Unmittelbare Auswirkungen hätte dies jedoch nur

---

<sup>546</sup> Der BGH spricht allgemein nur davon, dass die Forderung zunächst vom Prozessgericht „rechtskräftig festgestellt“ werden muss, BGH ZInsO 2012, 1321; demgegenüber ausdrücklich aber der BAG, der Ende 2015 urteilte, dass nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens die Planquote mit einer Leistungsklage gegenüber dem Schuldner durchzusetzen ist, BAG ZIP 2016, 178; vgl. auch Schreiber/Flitsch BB 2005, 1173 (1176); Grub DZWIR 2004, 317 (318).

auf Mitbestimmungsrechte und das anschließende Vollstreckungsrecht – vom wirtschaftlichen Sinn abgesehen. Die Verteilung, also auch die Schlussverteilung, regelt der verfahrensbegleitende Insolvenzplan.

Dabei wäre allenfalls in einem Mehr-Gruppenplan darauf zu achten, dass der Gläubiger nunmehr eine festgestellte Forderung hat und somit nicht mehr unter die ursprüngliche Gruppe der Gläubiger mit bestrittenen Forderungen fällt. Problematisch ist das nicht. Die Schlussverteilung nach den Vorgaben des Insolvenzplans muss dies lediglich berücksichtigen.

Im Sinne einer höheren Verteilungsgerechtigkeit wäre durchaus denkbar, für Gläubiger, die erfolgreich einen Feststellungsprozess geführt haben, § 192 InsO für anwendbar zu erklären. Jedoch wäre wohl zu befürchten, dass eine Vielzahl der Gläubiger zunächst in den Genuss der Verteilung kommen und zusätzlich noch Feststellungsklage erheben, jedenfalls wäre es nicht kalkulierbar, weshalb davon abzuraten wäre und die Forderungen einer Kürzung unterworfen werden sollten. So könnte der Verteilungsplan – vergleichbar mit einem *Gesamtabgeltungsbetrag* – vorsehen, dass die Forderungen im Übrigen (d. h. nach teilweiser Erfüllung durch die Verteilung) als erlassen gelten, jedoch unter der *Auflösenden Bedingung* der Schlussverteilung bei Beendigung des Verfahrens oder weiterer Verteilungen, die nach dem im Plan vorgesehenen Verteilungsmechanismus umgesetzt werden.

### c) Sanierung

Eine Regelung nach § 224 InsO in einem Sanierungsfall ist – wie regelmäßig auch in anderen Sanierungsplänen – ein zentrales Element und nicht hinwegzudenken. Die genauen Umstände sind wie üblich vom Einzelfall abhängig. Es ist sicherlich möglich, aber lebensfremd anzunehmen, dass nahezu sämtliche Gläubigerforderungen in einem Sanierungsfall streitbefangenen sind, da fraglich wäre, auf welcher Grundlage die Leistungsbeziehungen bislang definiert wurden. Vorstellbar wäre dies allenfalls, wenn das Insolvenzereignis selbst die Unbestimmtheit der Forderungen bedingt oder hervorruft.

Lebensnaher sind demgegenüber Konstellationen, in denen Forderungen einer definierbaren oder abgrenzbaren Gruppe nicht bestimmt werden können (Schadensersatzansprüche einer bestimmten Lieferantengruppe, Kunden/Patienten eines bestimmten Produkts (Produkthaftung), Betroffene eines bestimmten Vorfalls (Unfälle), etc).

Für den Fall, dass eine fortgesetzte Beziehung nicht in Frage kommt und ein Schaden abgegolten werden soll, bietet sich erneut ein Gesamtabgeltungsbetrag mit Gesamtabgeltungsklausel an. D. h., soweit die streitbefangenen Forderungen durch die Verteilung nicht erfüllt werden, gelten sie als erlassen. Eine Auflösende Bedingung ist mangels weiterer Verteilungen nicht erforderlich. U. U. bietet sich jedoch ein Besserungsschein an, so dass unter bestimmten

Bedingungen weitere Gelder nach einem im Plan vorgegebenen Verteilungsmuster verteilt werden können.

Unterhält das schuldenrische Unternehmen weitere Beziehungen zu den Gläubigern der streitigen Forderungen, sind aber auch alle anderen Verzichtregeln vereinbar. Einfluss auf das Vollstreckungsrecht hat der Verzicht erneut nicht. Gläubiger können weder die vorgesehene Zahlung, noch ihre nicht erlassenen Forderungen nach § 257 InsO vollstrecken. In diesem Zusammenhang sind die Vorschriften der §§ 255, 256 InsO insofern zu modifizieren, was nach § 255 Abs. 3 S. 1 InsO zulässig ist, als dass der Plan die Berücksichtigung der bestrittenen Forderungen ausdrücklich regelt. Danach ist ein Rückstand mit der Erfüllung des Insolvenzplans im Sinne des § 255 Abs. 1 InsO nicht anzunehmen, wenn der Schuldner die Forderung bis zur endgültigen Feststellung ihrer Höhe in dem Ausmaß berücksichtigt, das der Entscheidung des Insolvenzgerichts über das Stimmrecht des Gläubigers bei der Abstimmung über den Plan entspricht. Der Plan könnte vorsehen, da eine endgültige Feststellung keine Auswirkungen auf Verteilungen haben soll, dass ein Rückstand mit der Erfüllung des Insolvenzplans im Sinne des § 255 Abs. 1 InsO gerade nicht anzunehmen ist, wenn der Schuldner die Forderung bis zur Höhe der im Plan vorgesehenen Zahlung berücksichtigt. Leistet also der Schuldner entsprechend des Verteilungsplans, kann er nicht in Rückstand geraten, auch nicht in Bezug auf die bestrittenen Forderungen. Wird der Normgehalt entsprechend modifiziert, wäre ein Antrag des Gläubigers bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

### 3. Gruppenbildung

Bei der Abstimmung über einen Insolvenzplan sollen Gläubigergruppen gebildet werden, in denen abgestimmt wird (§ 243 InsO), wobei das Gesetz Gläubigergruppen zwingend vorschreibt (§ 222 Abs. 1 S. 2 InsO) und darüber hinaus die Möglichkeit vorsieht, Gruppen fakultativ zu gründen (§ 222 Abs. 2 S. 1 InsO). Ob Gläubigergruppen bei massenhaft streitigen Insolvenzforderungen gebildet werden können oder gar müssen, ist Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung.

#### a) Sinn und Zweck im Konflikt zu Manipulationsmöglichkeiten

Für die Abstimmung über den Insolvenzplan wurde ein Verfahren eigener Art geschaffen, das von der sonstigen Beschlussfassung der Gläubigerversammlung abweicht.<sup>547</sup> Sinn und Zweck der Gruppenbildung ist die bestmögliche Beteiligung der vom Planverfahren betroffenen Personen durch stärkere Diffe-

---

<sup>547</sup> Warnikoff KTS 1996, 489 (500).



renzung des Planinhalts, wodurch (nicht selten erst) wirtschaftlich sinnvolle Entscheidungen herbeigeführt werden können.<sup>548</sup> Gläubiger mit streitigen Forderungen sind ausweislich des Wortlauts nicht in eine – zwingend zu bildende – Gruppe einzuordnen (§ 222 Abs. 1 InsO), könnten jedoch in einer fakultativen Gruppe zusammengefasst werden. Allgemeine Voraussetzung hierfür ist, dass die Beteiligten mit gleicher Rechtsstellung sachgerecht voneinander abgegrenzt werden können (§ 222 Abs. 2 InsO). Sind keine Abgrenzungen möglich, erforderlich oder gewünscht, sind alle Gläubiger in einer Gruppe der nicht nachrangigen Insolvenzgläubiger zusammenzufassen („Ein-Gruppenplan“). Der Plan hat dabei die Gläubiger einer jeweiligen Gruppe gleich zu behandeln (§ 226 InsO). Jedoch bezieht sich der verfassungsrechtliche Auftrag des Art. 3 Abs. 1 GG in Gestalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes nur auf die jeweilige Gruppe. Da es weder Planerstellern noch Gläubigern gestattet ist, Ungleiches gleich zu behandeln<sup>549</sup>, besteht u. U. eine Pflicht zur Gruppenbildung. So entschied der BGH, dass eine Gruppenbildung von Gläubigern mit werthaltigen und nicht werthaltigen Absonderungsrechten in einer Gruppe unzulässig ist.<sup>550</sup> Das ist interessant und wichtig zugleich, da im Umkehrschluss Gläubiger mit gleicher Rechtstellung anhand wirtschaftlicher Kriterien – wie die Realisierbarkeit einer Sicherheit – sachgerecht abgegrenzt werden können (gegebenenfalls müssen!). Gleiche Erwägungen können für die Unterscheidung von nicht nachrangigen Insolvenzgläubigern gelten<sup>551</sup>, so dass letztendlich auch eine Differenzierung der Realisierbarkeit der Forderungen gesetzlich zulässig erscheint.

Eine gesetzliche Schranke der Gruppenbildung bildet die Gleichbehandlung der Gläubiger innerhalb der verschiedenen Gruppen (§ 226 Abs. 1 InsO), wobei gleichzeitig ein enger Zusammenhang zu einer weiteren Schranke des § 245 InsO besteht, wonach ein negatives Votum einer Gruppe unter den dort genannten Voraussetzungen überwunden werden kann. Zugleich schuf der Gesetzgeber mit dieser Norm ein Korrektiv, mit der die angemessene Beteiligung sichergestellt und unterbunden wird, dass Gläubiger, die im Regelverfahren gleichrangig mit Gläubigern einer anderen Gruppe zu befriedigen gewesen wären, besser gestellt werden (§ 245 Abs. 2 Nr. 3 InsO). Die Einteilung der Gruppen ist deshalb ein zentrales Element eines Insolvenzplans. Im Mittelpunkt der Diskussion steht regelmäßig das Missbrauchspotenzial, bedingt durch den gesetzgeberisch intendierten Freiraum und die dadurch immer mal wieder auftauchenden „einseitig-kreativen“ Ideen der Praxis. Die denkbaren

548 FA-InsR/*Gietl* S. 862 Rn. 30; Smid/Rattunde/Martini, Insolvenzplan, 2012, S. 167, Rn. 434.

549 FK-InsO/*Jaffé* § 222 Rn. 9.

550 BGH NZI 2005, 619.

551 BGH v. 10.1.2008 (IX ZB 97/07 – nicht veröffentlicht) m. Anm. Smid, jurisPR-InsR 10/2008 Anm. 3.

und auch realisierten Risiken und Gefahren wurden insbesondere im amerikanischen Reorganisationsverfahren aufgezeigt und kritisiert.<sup>552</sup> Die Sorgen begründeten sich vor allem daraus, dass noch im Regierungsentwurf der InsO für das Obstruktionsverbot die Zustimmung einer einzigen Gruppe ausreichen sollte.<sup>553</sup> In der Gesetz gewordenen Fassung des § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist jedoch wenigstens die Mehrheit der abstimmenden Gruppen erforderlich. Die verbliebenen potenziellen Manipulationsrisiken sollen jedoch nicht die erst dadurch möglichen Gestaltungsvarianten und Möglichkeiten vernebeln, weshalb der Gesetzgeber letztendlich auch als Regulativ nur die sachgerechte Abgrenzung der Gruppenbildung Gesetz werden ließ. Es darf auch nicht übersehen werden, dass es letztendlich erst die Gruppenbildung ist, die verhindert, dass im Planverfahren regelmäßig nur die Interessen der Großgläubiger berücksichtigt werden.<sup>554</sup>

### **b) Unzulässigkeit oder Gebotenheit zur Bildung eigener Gruppen der Gläubiger mit streitbefangenen Forderungen?**

In Einzelfällen ist es erforderlich, Gläubiger mit gleicher Rechtsstellung unterschiedlich zu behandeln, soweit sie gleichartige wirtschaftliche Interessen verbindet. Deshalb können nach § 222 Abs. 2 S. 1 InsO Gläubiger mit gleicher Rechtsstellung in Gruppen zusammengefasst werden. Bedingung hierfür ist, dass in den zu bildenden Gruppen nicht nur Gläubiger mit gleicher Rechtsstellung, sondern auch gleichartigen wirtschaftlichen Interessen zusammengefasst werden, die sachgerecht voneinander abgegrenzt werden können, wobei die Kriterien für die Abgrenzung im Plan anzugeben sind (§ 222 Abs. 2 S. 3 InsO).<sup>555</sup> Nach neuester Rechtsprechung ist bei der Bildung fakultativer Gruppen zu erläutern, auf Grund welcher gleichartigen insolvenzbezogenen wirtschaftlichen Interessen die Gruppe gebildet wurde und inwiefern die wichtigsten Interessen der Beteiligten übereinstimmen, die in der Gruppe zusammengeführt wurden.<sup>556</sup>

Das Gesetz nennt beispielhaft Arbeitnehmer, wenn sie als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt sind, oder Kleingläubiger (§ 222 Abs. 3 InsO). Die Kriterien für eine sachgerechte Abgrenzung können vielfältig sein, weshalb Aufzählungen der Literatur und Rechtsprechung nicht abschließend sind. Anerkannte Maßstäbe für insolvenzbezogene wirtschaftliche Interessen können jedenfalls aus der Höhe und der Art der Forderung

<sup>552</sup> Näher dazu Bork Z郑 1996, 473 (484).

<sup>553</sup> Bork Z郑 1996, 473 (484).

<sup>554</sup> Rüge, Gruppenbildung, 2008, S. 610.

<sup>555</sup> BGH BeckRS 2008, 01659.

<sup>556</sup> BGH ZIP 2015, 1346.

(Vertrag oder Delikt), Umfang und Qualität der Sicherheitenlage und selbst aus der persönlichen Beziehung zum Schuldner herausgebildet werden.<sup>557</sup> Selbst eine Unterscheidung nach der Werthaltigkeit der Forderung bzw. des Sicherungsrechts sind taugliche Abgrenzungskriterien, da ein Gläubiger, dessen Forderung bzw. Sicherheit wirtschaftlich wertlos ist, eher zu einem teilweisen Verzicht auf seine Sicherheit bereit sein dürfte.<sup>558</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Differenzierung bei (massenhaft) streitigen Forderungen nicht nur zulässig<sup>559</sup>, sondern sogar erforderlich und geboten, um eine sachgerechte Heterogenität der Interessen in den einzelnen Gruppen darstellen und letztendlich die Legitimationskraft der Mehrheitsentscheidung<sup>560</sup> erhöhen zu können. Nur auf diesem Wege können differenzierte Verteilungsmaßstäbe für unterschiedliche Gruppen eingeführt werden. Diese sind wiederum erforderlich, da Gläubiger mit festgestellten Forderungen verteilungsrechtlich anders zu behandeln sind als Gläubiger mit bestrittenen Forderungen und wiederum unter den Gläubigern mit bestrittenen Forderungen es durchaus denkbar ist, dass auch diese Gläubiger noch einmal kategorisiert werden müssen – immer mit dem Ziel einer möglichst fairen (mehrheitsfähigen!) Verteilungsregel. In der Phoenix Insolvenz war Streitgegenstand die jeweilige Anlegerforderung. Für eine Unterkategorisierung wäre es durchaus denkbar gewesen, auf das eingegangene bzw. verwirklichte Risiko abzustellen. So erscheint es durchaus legitim, etwa nach der Anlagedauer, der gewählten Risikoklasse – soweit dies ausgewählt werden konnte – oder auch danach, auf welche Omnibuskonten die Gelder eingezahlt wurden, Abgrenzungen vorzunehmen. Diese Unterscheidung folgt auch nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. So war im Fall Phoenix unstrittig, dass Kundengelder jedenfalls in den Anfangsjahren investiert wurden. Das Risiko für einen Anleger, der frühzeitig investiert hatte, ist also im Vergleich zu einem Anleger höher, der erst kurz vor der Insolvenz sein Geld investiert hatte. Doch auch die Frage, auf welche Konten die Gelder eingezahlt wurden, hatte im Einzelfall faktisch Auswirkungen darauf, ob das Geld noch vorhanden war oder zweckentfremdet verbraucht wurde.

Für den Fall, dass nicht nur eine Vielzahl von Gläubigerforderungen im Verfahren bestritten wurden, sondern darüber hinaus auch noch die Gefahr besteht, dass erhebliche unbekannte Gläubiger vorhanden sind (bspw. im Falle

557 FK-InsO/Jaffé § 222 Rn. 22; FA-InsR/Gietl S. 863 Rn. 33.

558 FK-InsO/Jaffé § 222 Rn. 22.

559 Zu einer „Stimmrechtsbestands-Mischgruppe“: Frind NZI 2007, 374 (375), danach besteht die Möglichkeit, sicher festgestellte und noch nicht sicher festgestellte Forderungsgläubiger zu „vergruppieren“.

560 Rüge, Gruppenbildung, 2008, S. 10.

latenter Massenschäden<sup>561</sup>), können diese unbekannten Gläubiger nicht in eine eigene Gruppe unterteilt werden. Denn es lassen sich keine unterschiedlichen wirtschaftlichen Interessen im Sinne des § 222 Abs. 2 S. 1 InsO allein anhand des Kriteriums der (rechtzeitigen) Forderungsanmeldung rechtfertigen.<sup>562</sup> Das Versäumen einer im Plan gesetzten Anmeldefrist ist zwar ein objektives, aber kein dem § 222 InsO zugängliches Abgrenzungskriterium.<sup>563</sup>

Wir halten fest. Unser Insolvenzrecht lässt im Ergebnis diverse, nach insolvenzbezogenen wirtschaftlichen Interessen abgegrenzte, Gruppen zu und somit auch kreative Gruppenbildungen, soweit sie jeweils sachgerecht am Planziel ausgerichtet sind. Das Kriterium der „Streitbefangenheit“ im weitesten Sinne ist ein taugliches Abgrenzungskriterium. Doch auch andere fallbezogene Merkmale können die Grundlage weiterer Gruppenbildungen darstellen. Die damit sichergestellte Homogenität der Interessen der Gläubiger in den einzelnen Gruppen erhöht darüber hinaus im erheblichen Maße die „Richtigkeitsgewähr“<sup>564</sup> einer Mehrheitsmeinung.

#### **4. Verfahrensbegleitende Wirkung (§ 258 Abs. 1 InsO)**

Regelt der hier vorgeschlagene Verteilungsplan nun lediglich Teilbereiche des Regelverfahrens und wirkt verfahrensbegleitend? Wie so häufig ist es vom Einzelfall abhängig, ob der Insolvenzplan verfahrensbegleitend wirken soll, was der Insolvenzplan dann auch ausdrücklich vorsehen muss, oder das Insolvenzverfahren zeitnah aufzuheben ist.

Ein Liquidationsplan, der eine Abschlagsverteilung regelt, hat jedenfalls verfahrensbegleitende Wirkung. Ein Liquidationsplan, der eine Schlussverteilung nach den Vorschriften der Regelinsolvenz ersetzen soll, ist ebenfalls zulässig, entspricht aber faktisch auch einem verfahrensbegleitenden Plan, da – davon ist jedenfalls auszugehen – der Insolvenzverwalter (und nicht der Schuldner) noch die Verteilung vornehmen wird. Denn gerade mangels Feststellung zur Tabelle und der daraus resultierenden fehlenden Vollstreckungsmöglichkeit des vorgesehenen Verteilungsbetrages der vielen Gläubiger sollte die vereinbarte Verteilung noch durch den Insolvenzverwalter erfolgen. Erst anschließend sollte das Verfahren aufgehoben werden, mit der Folge, dass die Vermögens- und Verfügungsbefugnis auf den Schuldner übergeht. In Fällen der Sanierung ist ein verfahrensbegleitender Sanierungsplan eher nicht denkbar – allenfalls für vorbereitende Zwecke. Die Sanierung wird auch bei einem Verteilungsplan eine schnelle Aufhebung des Insolvenzverfahrens erfordern.

<sup>561</sup> Siehe auch oben Kapitel 2 (D.).

<sup>562</sup> BGH ZIP 2015, 1346.

<sup>563</sup> MüKoInsO/Madaus § 254b, Rn. 8.

<sup>564</sup> Madaus, Insolvenzplan, 2011, S. 219.

## 5. Planbestätigung

Der Verteilungsplan bedarf wie jeder andere Insolvenzplan auch der Bestätigung durch das Insolvenzgericht (§ 248 InsO). Es greifen dieselben Erwägungen wie zum Optionsplan, weshalb ich an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen verweise<sup>565</sup>. Doch es gibt Besonderheiten, die im Einzelfall zu beachten sein dürften.

### a) Gerichtliche Überprüfung (§§ 231, 250 InsO)

Beim Optionsplan warf die gerichtliche Überprüfung wenig bis keine Probleme auf, da die wenigen Planregelungen rein organisatorisch wirken und auf die Abwicklung massenhafter Vergleiche beschränkt sind. Auf die grundlegenden Ausführungen sei an dieser Stelle verwiesen. Der Verteilungsplan greift hingegen unmittelbar in die Verteilung ein. Inwieweit die Verfahrensrechte beim Verteilungsplan nach den Vorgaben des BGH gewährleistet werden, was zwingende Voraussetzung für die Planbestätigung ist, bedarf deshalb an dieser Stelle einer genaueren Untersuchung. Der BGH hat im Verfahren Phoenix die Vorgaben aufgestellt. Das Anmelde- und Feststellungsverfahren dürfe mithilfe des Insolvenzplans nicht modifiziert werden. Der Verteilungsplan hält sich zwar grundlegend an diese Vorgaben. Fraglich ist jedoch, ob dies vor allem auch für das Widerspruchsrecht (§ 178 InsO) gilt? Schließlich soll der Verteilungsplan eine Verteilung auch auf streitige Forderungen ermöglichen und durch das Widerspruchsrecht hat der Insolvenzverwalter bzw. der Gläubiger zum Ausdruck gebracht, den jeweiligen Gläubiger nicht an der Insolvenzmasse partizipieren lassen zu wollen.

#### aa) Ausgangspunkt und grundlegende Bedeutung des Widerspruchsrechts

Für die Beantwortung der Frage ist es erforderlich, einen Schritt zurück zu gehen und die Funktion des Widerspruchsrechtes näher zu beleuchten. Abweichend vom Verfahren der Einzelzwangsvollstreckung bedarf es zum Nachweis des materiell-rechtlichen Bestehens des Gläubigerrechts keines vollstreckbaren Titels. Gegenstand des Prüfungsverfahrens ist das verselbstständigte Insolvenzgläubigerrecht, gemeint ist das Teilhaberecht am Verwertungserlös. Es ist weder ein Titel erforderlich, noch geht es – den Besonderheiten des Insolvenzverfahrens geschuldet – um die materiell-rechtliche Existenz des zugrunde liegenden Leistungsanspruchs. Das Haftungsrecht wird vielmehr im Rahmen eines vereinfachten „systemimmanenten“ Verfahrens geprüft und beruht auf dem Konkurrenzverhältnis der einzelnen Gläubiger zueinander. Nur den Insolvenzver-

---

<sup>565</sup> Kapitel 7 (B., III., 3).

walter trifft mit Blick auf § 60 InsO eine Verpflichtung zum Widerspruch gegen unbegründete Anmeldungen. Das Prüfungsverfahren setzt sich somit zusammen aus der Anmeldung des behaupteten Gläubigerrechts zur Insolvenztabelle und der Erörterung der einzelnen Forderungen unter Mitwirkung des Insolvenzverwalters und der übrigen Insolvenzgläubiger. Im übertragenen Sinne gewährleistet das Anmelde- und Feststellungsverfahren eine Einlasskontrolle – wobei insbesondere der Insolvenzverwalter aber auch sämtliche Insolvenzgläubiger gleichermaßen die Rolle der Kontrolleure übernehmen. Kein Gläubiger soll sein Recht auf Befriedigung mit einseitiger Machtvollkommenheit und unter Ausschluss der Beteiligten gegen den Schuldner verfolgen können. Das für alle gleichermaßen bestehende Kontrollrecht bedingt, dass kein Insolvenzgläubiger seinen Anspruch anders als im gemeinsamen Verfahren geltend machen darf. Jeder „Kontrolleur“ ist berechtigt, den Anspruch des anderen zumindest zeitlich befristet bis zum Prüfungstermin zu prüfen. Die Intensität der Kontrolle bestimmt dabei der Beteiligte selbst. Es ist also seine freie Entscheidung und unterliegt seiner Dispositionsbefugnis, von seinem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch zu machen, sei es auch nur aus Desinteresse.

Diese grundlegende Bedeutung des Widerspruchsrechts stellte bereits die Regierungsbegründung des Entwurfs der KO heraus.<sup>566</sup> Dort heißt es sinngemäß, dass jeder Gläubiger durch die Teilnahme des anderen in seinen Bezügen geschmälert werde und daher die Befugnis haben müsse, die Forderung des anderen nach ihrer Richtigkeit zu prüfen, zu bestreiten und den sich daraus ergebenden Streit selbstständig durchzuführen. Deshalb folge aus dem Grundsatz der gemeinschaftlichen Befriedigung aus dem begrenzten Schuldnervermögen, dass kein Gläubiger rücksichtslos zu Lasten anderer Gläubiger sein einzelnes Befriedigungsrecht gegen den Schuldner verfolgen dürfe. Das gleiche Recht aller verlange, dass keiner seinen Anspruch anders als im gemeinsamen Verfahren ausüben dürfe; es berechtige jeden, den Anspruch des anderen zu prüfen. Darauf beruhe der Zwang, Forderungen zu dem gemeinschaftlichen Prüfungsverfahren anzumelden.<sup>567</sup>

### **bb) Keine Einschränkung der Verfahrensrechte (§ 178 InsO)**

Welche Auswirkungen hat der Verteilungsplan nun auf dieses bedeutende Verfahrensrecht des Widerspruches? Die Antwort lautet: Keine. Dadurch, dass das Anmelde- und Feststellungsverfahren vollständig unangetastet bleibt, können die Gläubiger selbstverständlich auch ihr Widerspruchsrecht wahrnehmen. Das deshalb, weil im Zeitpunkt der Abstimmung über den Insolvenzplan ein

<sup>566</sup> So BGHZ 179, 304 = NJW 2009, 1747.

<sup>567</sup> So BGHZ 179, 304 = NJW 2009, 1747.



Prüfungstermin schon stattgefunden haben muss (§ 236 InsO), und nur dort ein Widerspruch überhaupt möglich ist. Bereits aus diesem Grund kann der Insolvenzplan schon rein faktisch das Widerspruchsrecht nicht ausschließen. Ein rechtswidriger Eingriff in das Widerspruchsrecht im formal juristischen Sinne liegt nicht vor, da dieses über den Plan nicht eingeschränkt werden kann und nach wie vor gewährleistet ist.

Relevanz, jedenfalls im materiellen Sinne, entfalten Verteilungsregelungen jedoch für bereits erhobene Widersprüche von Gläubigern. Zwar obliegt es nach wie vor dem Gläubiger einer widersprochenen Forderung Feststellungsklage gegen den Widerspruchsführer zu erheben (§ 179 Abs. 1 InsO). Auswirkungen hat dies jedoch nur noch auf Mitbestimmungsrechte und sein zeitlich der Insolvenz nachgelagertes Vollstreckungsrecht.

Daher wird durchaus die Frage virulent, ob es jedenfalls einen mittelbaren Verstoß gegen das Verfahrensrecht darstellt, wenn im Zeitpunkt der Abstimmung über den Insolvenzplan erhobene Widersprüche das wirtschaftliche Ergebnis eines Gläubigers nicht mehr beeinflussen. Denn ein erhobener Widerspruch zeitigt keine Rechtsfolge mehr in Bezug auf das Teilhaberecht, obwohl faktisch die Möglichkeit weiterhin besteht, einer Forderung eines anderen Gläubigers bewusst zu widersprechen. Im Regelverfahren wäre dies möglich gewesen, um dessen Beteiligung gerade am Verwertungserlös zu verhindern. So betrachtet erscheint jedenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht ausgeschlossen, weil das Gericht zwar die Erklärungen des Widerspruchsführers im Feststellungsrechtsstreit zur Kenntnis nimmt und sogar bei der Entscheidungsfindung in Betracht ziehen kann, eine gerichtliche Entscheidung zu Gunsten des Bestreitenden aber jedenfalls hinsichtlich der Verteilung folgenlos bleibt, weil der Inhaber der von ihm bestrittenen Forderung in jedem Fall eine Ausschüttung nach den Regelungen des Insolvenzplans erhalten wird. Die gerichtliche Entscheidung hat daher (nur – bzw. besser – jedenfalls noch) Auswirkungen auf das Mitbestimmungs- und Vollstreckungsrecht.

An dieser Stelle darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass meines Erachtens das Verfahrensrecht des Widerspruchsführers potenziell überhaupt nur in Konstellation verletzt werden könne, wenn die Forderung des Widerspruchsführers selbst unbestritten und daher zur Insolvenztabelle festgestellt wurde. Denn streiten sich Gläubiger, deren Forderungen jeweils (u. U. auch vom Insolvenzverwalter) bestritten sind, sind beide Gläubiger von den positiven wie auch negativen Folgen einer Verteilungsregel gleichermaßen betroffen. Mit Blick auf die Grundsätze von Treu und Glauben kann ein Gläubiger einer selbst bestrittenen Forderung sich wohl nur schwerlich auf eine verfahrensrechtliche Schlechterstellung berufen, immerhin ist sein eigenes Teilhaberecht selbst ungewiss.



Ungeachtet dessen ist für die Frage eines etwaigen Verstoßes gegen Verfahrensrecht eine saubere Trennung von Erwägungen der Reichweite des rechtlichen Gehörs, das jedenfalls formal gewährleistet ist, und wirtschaftlichen Erwägungen, die außerhalb der gerichtlichen Überprüfung von Amts wegen liegen und die selbstverständlich noch Gegenstand des Minderheitenschutzes sein können, der jedoch – worauf ich nachfolgend näher eingehen möchte – einen Antrag voraussetzt.

### b) Minderheitenschutz: Die insolvenzrechtliche Wertgarantie (§ 251 InsO)

Im Ergebnis umgeht der Verteilungsplan auch nicht mittelbar das Verfahrensrecht, wenn erhobene Widersprüche keinen Einfluss mehr auf die Verteilung zeitigen, so dass eine Verteilungsregel auch nicht zur Zurückweisung des Plans bzw. Versagung der Planbestätigung (§§ 231, 250 InsO) führt. Der oder die Gläubiger können einen Prozess führen mit dessen Hilfe die Forderung zur Tabelle festgestellt wird. Das streitige gerichtliche Verfahren bleibt nach einem Widerspruch formal zulässig und hätte weiterhin Auswirkungen auf das Mitbestimmungs- und das Vollstreckungsrecht. Der Verteilungsplan beeinflusst ausschließlich die *hypothetische Gläubigerquote* für das Regelverfahren und wirkt daher rein *wirtschaftlich*. Etwaige wirtschaftliche Nachteile, die im Fokus eines Minderheitenschutzantrages stehen, können – wie nachfolgend erläutert – aufgefangen, ausgeglichen und kompensiert werden.

#### aa) Grundlagen

Die InsO sieht – wie bereits beim Optionsplan in Grundzügen dargestellt<sup>568</sup> – eine Wertgarantie vor. Dieser individuelle Rechtsgüterschutz wird dem einzelnen Gläubiger über einen Minderheitenschutzantrag nach § 251 InsO gewährt, um nicht gegen seinen Willen schlechter gestellt zu werden, als er ohne Plan stünde. Der individuelle Minderheitenschutz fußt auf dem Widerspruchsrecht gegen den Insolvenzplan und erfordert daher einen (Minderheitenschutz-) Antrag, der durch die Neufassung des § 251 Abs. 2 InsO spätestens im Abstimmungstermin zu erfolgen hat. Damit sollen Verzögerungen des Verfahrens vermieden und gewährleistet werden, dass möglichst schnell Gewissheit über etwaige Rechtsmittel besteht und nicht erst im Nachgang „in Ruhe“ Gründe gesucht werden, um den Insolvenzplan anzugreifen. Für den Antrag muss der Antragsteller nach überwiegender Auffassung<sup>569</sup> weder stimmberechtigt sein,

<sup>568</sup> Siehe oben Kapitel 7 (B. III. 3.).

<sup>569</sup> Braun-InsO/Braun/Frank § 251 Rn. 5; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 251 Rn. 11; a. A. FK-InsO/Jaffé § 251 Rn. 9.

noch an der Abstimmung teilgenommen haben, so dass auch ein Gläubiger, dem weder aufgrund einer Einigung mit dem Insolvenzverwalter und den erschienenen stimmberechtigten Gläubigern noch durch eine gerichtliche Entscheidung ein Stimmrecht gewährt wurde, einen Minderheitenschutzantrag stellen könnte.

Neben dem formellen Widerspruch muss der Antragsteller durch den Plan voraussichtlich schlechter gestellt werden, als er ohne Plan stünde und muss die hierfür ursächlichen Tatsachen noch im Abstimmungstermin glaubhaft machen (§ 251 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO). Durch das Verbot der Schlechterstellung soll jedem Gläubiger der Wert garantiert sein, den seine Rechtsposition im Insolvenzverfahren noch hat.<sup>570</sup> Es handelt sich bei der Schlechterstellung um ein spezielles Erfordernis der materiellen Beschwer, dessen Glaubhaftmachung wiederum eine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung ist.<sup>571</sup> Prüfungsumfang sind lediglich die glaubhaft gemachten Tatsachen der vermeintlichen Schlechterstellung. Andere, vom Antragsteller nicht vorgetragene oder nicht ordnungsgemäß glaubhaft gemachte Tatsachen sind nicht zu berücksichtigen.<sup>572</sup> Auch hieraus wird die klare gesetzgeberische Intention deutlich, Verzögerungen des Verfahrens zu vermeiden. Andernfalls könnte der Zweck des Planverfahrens auch kaum erreicht werden. Dieser besteht ja darin, den Beteiligten einen Rechtsrahmen für eine im weitesten Sinne einvernehmliche Bewältigung der Insolvenz zur Verfügung zu stellen. Das Ziel ist hingegen ergebnisoffen und kann nur im Einzelfall gefunden werden, wobei das Planverfahren auch keinesfalls ein Garant für die Erreichung des Ziels sein kann. Das Planverfahren ist im Vergleich zum Regelverfahren vielmehr als Chance zu begreifen und stellt Effektivität, Flexibilität und Schlagkraft auch in Krisenzeiten in den Vordergrund, wobei der Gesetzgeber Missbrauchsmöglichkeiten präventiv mit Verfahrensrechten (u. a. Mitbestimmung!) und einer Wertegarantie begegnet. Doch selbst diese muss der Gesetzgeber selbst gleich wieder relativieren, um die angestrebten Ziele nicht nur als Worthülsen zu begreifen. So gilt für die Erreichung des Ziels in Ausnahmefällen selbst eine tatsächliche Schlechterstellung einzelner Gläubiger gegen Gewährung eines Schadensersatzes als hinnehmbar. So wird nach § 253 Abs. 4 InsO die Beschwerde eines Gläubigers gegen die Bestätigung des Plans unverzüglich zurückgewiesen, wenn das alsbaldige Wirksamwerden des Insolvenzplans vorrangig erscheint, weil die Nachteile einer Verzögerung des Planvollzugs nach freier Überzeugung des Gerichts die Nachteile für den Beschwerdeführer überwiegen. Für diesen Fall

<sup>570</sup> BGH NZI 2007, 409 ff.

<sup>571</sup> BGHZ 202, 133 = ZIP 2014, 1442; Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 251 Rn. 19.

<sup>572</sup> Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 251 Rn. 21.

ist zwar dem Beschwerdeführer aus der Masse der Schaden zu ersetzen, der ihm durch den Planvollzug entsteht.<sup>573</sup> Der Insolvenzplan wird aber dennoch umgesetzt.

### **bb) Prognose der Schlechterstellung**

Ein zulässiger Antrag ist begründet, wenn das Gericht von der geltend gemachten Schlechterstellung überzeugt ist. Dabei trifft es eine Prognoseentscheidung, was aus dem Wortlaut („voraussichtlich“) deutlich wird. Die Beurteilung erfolgt also immer aus ex ante Sicht. Ohne Insolvenzplan wäre das Verfahren als Regelverfahren (fort)geführt und beendet worden. Vergleichsmaßstab kann somit nur das fiktive Ergebnis eines gedanklich durchgespielten Regelverfahrens sein. Betrachtet man den Wortlaut (§ 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO: „ohne einen Plan“), scheint es dabei auch unerheblich, welches Ergebnis die Gläubiger aus einem anderen Plan theoretisch hätten erzielen können.<sup>574</sup> Das ist wichtig, weil so auch kein anderer möglicher Verteilungsmaßstab der Bezugspunkt der Prognoseentscheidung sein kann.<sup>575</sup>

Bei der Vergleichsrechnung hat das Gericht zu überprüfen, ob der Beteiligungswert eines Gläubigers, der im Regelverfahren als verfassungsrechtlich geschützter Mindestwert erzielt worden wäre, nicht unterschritten wird. Die Minderheitenschutzregelung trägt damit dem verfassungsrechtlichen Gebot des Eigentumsschutzes aus Art. 14 GG Rechnung.<sup>576</sup> Das Gericht setzt die Erlöse bei Abwicklung des Insolvenzverfahrens nach den Vorschriften der Insolvenzordnung (Ergebnis der Regelabwicklung) und bei Durchführung des Insolvenzplans (Planergebnis) miteinander in Bezug, wobei bereits wegen des Prognosecharakters dieser Betrachtung auch (kalkulierbare) künftige Vorteile aufgrund des Plans zu berücksichtigen sind. Fehlerquelle der Prognoseentscheidung ist zunächst sehenden Auges die ungewisse Zukunft, das erhebliche Prozessrisiko und darüber hinaus die voraussichtliche Verfahrensdauer im Regelverfahren. Je länger der zu betrachtende Zeitraum ist, desto mehr Unsicherheitsfaktoren sind zu berücksichtigen, bspw. Wertverlust, Inflation, Bonitäts- und Prozessrisiken, etc. Insbesondere Inflation, Wertverlust und erhebliche Prozessrisiken wären im zugrunde liegenden Fall Phoenix zu berücksichtigen gewesen. Der Plan hatte auf die Problematik der gerichtlichen Feststellung und

---

573 Der Plan muss keine Mittel vorsehen (anders als die Entschädigungsregelungen in § 251 Abs. 3 InsO). Der Anspruch ist ein Ersatzanspruch anstelle der Sachprüfung über die Nichtbestätigung des Plans; Braun-InsO/Braun/Frank § 253 Rn. 16.

574 MüKoInsO/Sinz § 251 Rn. 28.

575 So im Falle der Nachteilsabwägung bei Fortführung eines Geschäftsbetriebs im Fall „Suhrkamp“: LG Berlin ZInsO 2014, 2232; Lehmann/Rühle NZI 2015, 151 (154).

576 Braun-InsO/Braun/Frank § 251 Rn. 2.

des Instanzenzuges und der damit einhergehenden jahrelangen Blockade einer Verteilung auch aufmerksam gemacht. Hier wird insbesondere der eingangs erwähnte Vorteil des „schnellen Gebens“ wieder virulent. Auch in anderen Fällen kann darüber hinaus niemand den Erfolg einer Sanierung oder die den Planrechnungen zu Grunde gelegten Erwartungen garantieren.<sup>577</sup>

Bei einem Verteilungsplan dürfte bei der Prognoseentscheidung ein besonderer Zusammenhang für den Fall bestehen, dass das Gericht eine vorhergehende *gerichtliche Stimmrechtsentscheidung*<sup>578</sup> getroffen hat. Gegenstand dieser Entscheidung war bereits die bestrittene Insolvenzforderung des Gläubigers, die gerade auch bei dieser Prognoseentscheidung des Gerichts erneut im Brennpunkt steht. Auch wenn dem Gericht rechtsdogmatisch bei der Stimmrechtsentscheidung ein besonderer Beurteilungsspielraum zusteht, wird es ohne weitergehend glaubhaft gemachte Tatsachen des Rechtsschutz suchenden Gläubigers als Bezugspunkt der Prognoseentscheidung den Beteiligungswert des Gläubigers identisch bemessen. Denn der Maßstab der behaupteten Schlechterstellung ist ja gerade die angemeldete Forderung. Weil die Forderung nicht bestimmt werden kann und deshalb streitig ist, dürfte es dem Antragsteller wohl kaum gelingen, die Schlechterstellung überhaupt substantiiert darzulegen. Dies jedoch nur soweit die Divergenz zwischen der dem Verteilungsmaßstab zu Grunde liegenden Schätzung und der gerichtlichen Stimmrechtsentscheidung nicht übermäßig groß ist. Denn für diesen Fall wird das Gericht kaum eine Schlechterstellung bejahen können, um sich nicht dem Vorwurf willkürlicher Entscheidungen ausgesetzt zu sehen.

### cc) Quotenschaden als potenzielle Schlechterstellung

Die Prognose beinhaltet also eine Entscheidung aus ex ante Sicht. Sie wird, soweit der Verteilungsmaßstab angemessen gewählt wurde, kaum zu bejahen sein. Für diese Arbeit erlaube ich mir aber zu Erläuterungszwecken eine Beurteilung aus einer nachträglichen Sicht. Das bedeutet, dass der Ausgang von einzelnen Feststellungsrechtstreiten bekannt ist, was zu einem früheren Zeitpunkt noch nicht bekannt sein konnte. Ist der wahre Forderungsbestand bekannt, ist ex post im Einzelfall eine Schlechterstellung jedenfalls rechnerisch in zwei Konstellationen denkbar.

---

<sup>577</sup> Warnikoff KTS 1996, 489 (502); Unternehmensplanungen sind nie und insbesondere nicht in der Insolvenz zuverlässig möglich.

<sup>578</sup> Zum Problem, vgl. Kapitel 6.

### 1) „mittelbarer“ und „unmittelbarer“ Quotenschaden

Eine Schlechterstellung kann einerseits darin liegen, dass eine Forderung bei der Verteilung berücksichtigt wird, dessen Bestand oder Höhe ein Gläubiger bezweifelt und deshalb im Prüfungstermin der Feststellung widersprochen hat. Grund dieses „mittelbaren“ Quotenschadens ist also die (Nicht-)Berechtigung einer fremden Forderung.

Andererseits sind davon die Fälle zu unterscheiden, in denen ein Gläubiger meint, seine eigene Forderung müsse mit einem höheren Betrag – als der Verteilungsmodus es vorsieht – berücksichtigt werden. Grund dieses „unmittelbaren“ Quotenschadens ist also die Berechtigung der eigenen Forderung.

Im konkreten Fall kommt es – wie so häufig – darauf an und es ist zu unterscheiden. Ist die gesamte Passivmasse streitig und haben die Gläubiger ihre Forderungen homogen, d. h. weitestgehend mit einer vergleichbaren Berechnungsmethode angemeldet, ist formal betrachtet eine Schlechterstellung kaum möglich. Haben 100 Gläubiger Forderungen in Höhe von insgesamt 10 Mio. EUR angemeldet ist es irrelevant, ob der feststehende Verteilungsbetrag auf die angemeldeten 10 Mio. EUR oder auf geschätzte 8 Mio. EUR oder gar 5 Mio. EUR verteilt wird. Die Quote des Gläubigers bliebe stets identisch, weil der Forderungsbestand aller Gläubiger einheitlich bewertet wird. Mit Blick auf die Grundsätze von Treu und Glauben dürfte es einem Gläubiger einer bestrittenen Forderung zudem verwehrt sein, den Bestand oder die Höhe einer anderen bestrittenen Forderung infrage zu stellen. Die von ihm aufgeworfenen Rechtsfragen gelten immerhin ja auch für ihn. Im Ergebnis wird sich ein Gläubiger einer bestrittenen Forderung nur schwerlich auf eine Schlechterstellung berufen können.

Eine Schlechterstellung ist aber dann denkbar, wenn es weitere Gläubigergruppen gibt, und ein Gläubiger aus einer anderen Gruppe einer Gläubigerforderung widerspricht, die unter die Verteilungsregel für bestrittene Forderungen fällt. Dann ist eine Schlechterstellung in einem potenziellen „mittelbaren“ Quotenschaden natürlich wieder denkbar.

In den meisten Fällen dürften die Gläubiger ihre Forderungen jedoch inhomogen bestimmt und angemeldet haben, weshalb nicht nur ein „mittelbarer“, sondern auch ein „unmittelbarer“ Quotenschaden denkbar und sogar durchaus wahrscheinlicher wäre. Das Potential der Schäden ist davon abhängig, auf welcher Basis die Forderungen geschätzt wurden. Die den Anlagen beigefügte Darstellung zeigt eine mögliche Schlechterstellung auf.<sup>579</sup> Während mithilfe des Verteilungsschlüssels als Maßstab der Verteilung nur ein bestimmter Bruchteil der Forderung berücksichtigt wurde, hätte sie u. U. nach Abschluss des Regelverfahrens mit der jeweils festgestellten Summe berücksichtigt werden

---

579 Siehe Anlage 3.

müssen – dies bedingt eine Schlechterstellung immer für den Fall, dass die Forderung *nachträglich* im Prozesswege höher (unmittelbarer Quotenschaden des Gläubigers der bestrittenen Forderung) oder niedriger (mittelbarer Quotenschaden für die anderen Gläubiger) – als nach der Planregelung eingeschätzt – festgestellt werden würde.

So jedenfalls der Grundsatz. Dabei wurde jedoch bislang unberücksichtigt gelassen, dass der Gläubiger durch die vorzeitige Zahlung auch einen Zinsvorteil erlangt und jedenfalls keinen Inflationsschaden erleiden kann, den er bei Abwicklung des Regelverfahrens hätte hinnehmen müssen. Denn die zentrale Besserstellung durch einen Verteilungsplan liegt für alle Gläubiger in der frühzeitigen Rechtsklarheit zwar nicht über die festzustellenden, aber über die Höhe der *quotenberechtigten Verbindlichkeiten* und der beschleunigten Verteilung.

Zwischenfazit ist dennoch, dass wirtschaftlich betrachtet Quotenschäden möglich sind, insbesondere bei inhomogen angemeldeten Forderungen, die nach einem individuellen Verteilungsmaßstab bedient werden sollen, der Gläubiger über die gerichtliche Feststellung aber nachträglich eine höhere Forderung anerkannt bekommt.

## 2) Ausgleich durch bereitgestellte Mittel (§ 251 Abs. 3 InsO)

Diesem Problem rechnerisch möglicher Schlechterstellungen kann der Planersteller effektiv und abschließend mit Ausgleichsmitteln begegnen (§ 251 Abs. 3 InsO). Danach ist der Antrag – gemeint ist der Minderheitenschutzantrag – abzuweisen, wenn im gestaltenden Teil des Plans Mittel für den Fall bereitgestellt werden, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist. Ob der Beteiligte einen Ausgleich aus diesen Mitteln erhält, ist außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären. Werden also im Insolvenzplan Mittel bereitgestellt, die für eine nachgewiesene Schlechterstellung einen finanziellen Ausgleich bieten, ist bereits der Antrag auf Minderheitenschutz zurückzuweisen (§ 251 Abs. 3 S. 1 InsO). Gegen den Zurückweisungsbeschluss steht dem Antragsteller kein Rechtsmittel zur Verfügung. Ist dem Antrag, trotz der bereitgestellten Mittel, stattzugeben, so ergeht über den Antrag kein gesonderter Beschluss des Gerichts.<sup>580</sup> Dem Plan wird durch Beschluss die Bestätigung versagt (§ 253 InsO). § 251 InsO wurde durch das ESUG modifiziert und Absatz 3 wurde vollständig neu eingefügt, um dem Prognoserisiko Rechnung zu tragen und im Interesse der Verfahrensbeschleunigung einen Plan trotz einer potenziellen Schlechterstellung des Antragstellers gerichtlich bestätigen zu können. Dies jedoch nur für den Fall, dass der Insolvenzplan vorsorglich Ausgleichszahlungen vorsieht. Diese Möglichkeit ist damit vergleichsweise jung.

<sup>580</sup> Uhlenbruck-InsO/Lüer/Streit § 251 Rn. 24, 25.

## 2a) Anspruchsberechtigte

Voraussetzung ist, dass der Beteiligte eine Schlechterstellung nachweist (§ 251 Abs. 3 S. 1 InsO). Mit „Beteiligte“ sind nicht alle planbeteiligten Gläubiger gemeint, sondern zunächst nur diejenigen, die von der Verteilungsregel betroffen sind (aufgrund denkbarer mittelbarer Quoteneinflüsse i.d.R. alle) und einen (Minderheitenschutz-)Antrag nach § 251 Abs. 1 InsO gestellt haben.<sup>581</sup> Allerdings können Gläubiger, die keinen Minderheitenschutzantrag gestellt haben, noch sofortige Beschwerde gegen die gerichtliche Bestätigung einlegen (§ 253 Abs. 1 InsO). Ein Minderheitenschutzantrag ist hierfür nicht erforderlich.<sup>582</sup> Über diesen Weg können deshalb Beteiligte auch zeitlich nach der Abstimmung ohne vorherigen Minderheitenschutzantrag Ausgleichsansprüche über den Weg des § 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO geltend machen.

Um daher keine schlafenden Hunde oder gar unberechtigte Begehrlichkeiten<sup>583</sup> zu wecken und letztendlich schnell Rechtssicherheit herbeiführen zu können, sollte der Plan eine Regelung enthalten, nach der erstens nur solchen Beteiligten ein Anspruch auf Zahlung aus den bereitgestellten Mitteln zusteht, deren Rechtsbehelfe (Minderheitenschutzanträge oder sofortige Beschwerden) wegen der Ausgleichsmittel abgewiesen wurden und – wichtiger noch – zweitens die Leistungsklage innerhalb einer im Plan bestimmten möglichst kurzen Frist erhoben haben. Das ist zulässig, da der Planverfasser auch – auf sein Risiko hin – ganz auf Ausgleichsmittel verzichten kann, so dass es nur konsequent ist, ihm auch die Kompetenz für die Ausgestaltung der Anspruchsberechtigung zuzugestehen.<sup>584</sup> Hinsichtlich der zeitlichen Befristung hatte der BGH sich bereits im Zusammenhang mit der Erhebung einer Tabellenfeststellungsklage im Planverfahren für die Zulässigkeit einer Ausschlussfrist ausgesprochen.<sup>585</sup> Mit Blick darauf, dürfte daher auch eine Klausel als wirksam anzusehen sein, die die Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs aus § 251 Abs. 3 Satz 2 InsO auf einen bestimmten Zeitraum nach Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses befristet.<sup>586</sup> In Anlehnung an die üblichen Rechtsmittelfristen darf die Ausschlussfrist jedoch nicht kürzer sein als ein Monat ab Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses.<sup>587</sup>

<sup>581</sup> MüKoInsO/Sinz § 251 Rn. 38.

<sup>582</sup> BGHZ 202, 133 = ZInsO 2014, 1552.

<sup>583</sup> Lehmann/Rühle NZI 2015, 151 (154).

<sup>584</sup> Lehmann/Rühle NZI 2015, 151 (154).

<sup>585</sup> BGH ZInsO 2010, 1448.

<sup>586</sup> Braun-InsO/Braun/Frank § 245 Rn. 23.

<sup>587</sup> MüKoInsO/Sinz § 251 Rn. 46.



## 2b) Geltendmachung, Höhe der Ausgleichsmittel

Nach § 251 Abs. 3 S. 2 InsO ist der Streit um den finanziellen Ausgleich vor den ordentlichen Gerichten außerhalb des Planverfahrens auszutragen. Gläubiger müssen also aktiv werden und ihre Ansprüche gegenüber dem Schuldner geltend machen. Die Norm ist sichtlich auf Sanierungspläne ausgelegt. Dennoch dürfte es nach Sinn und Zweck möglich sein, in Betracht kommende Ansprüche auch direkt gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend machen zu können. Auch für diesen Fall sollte der Plan vorsehen, dass der Gläubiger, um einen Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichs wegen einer behaupteten Schlechterstellung erhalten zu können, innerhalb einer im Plan bestimmten Frist nach der rechtskräftigen Bestätigung des Insolvenzplans Feststellungsklage gegen den Insolvenzverwalter anhängig machen muss. Soweit dies nicht erfolgt, kann der Beteiligte keinen Ausgleichsanspruch wegen Schlechterstellung mehr geltend machen. Freiwerdende Beträge werden im Rahmen der Schlussverteilung oder nachträglichen Verteilung an alle nach dem Plan zu berücksichtigenden Gläubiger ausgeschüttet.

Für die Höhe der bereitgestellten Mittel ist maßgeblich, welche Schlechterstellung unter normalen Umständen bei den potenziellen Antragstellern zu erwarten ist. Der Wert der potenziell möglichen Quotenschäden kann relativ leicht bestimmt werden, weil im Zeitpunkt der Erörterung über den Plan, ein Prüfungstermin schon stattgefunden hat und Widersprüche von Gläubigerforderungen bereits erhoben sein müssen, die für den „mittelbaren“ Quotenschaden maßgeblich sind. Darüber hinaus lässt sich über die Insolvenztabelle die Differenz vom Berechnungsmodus der Verteilungsregel zum angemeldeten Forderungsvolumen ermitteln und der maximal mögliche „unmittelbare“ Quotenschaden berechnen.

Für sämtliche potenziellen Quotenschäden könnte ein Betrag zurückbehalten werden, der noch im Erörterungstermin angepasst werden kann (§ 240 InsO). Weil auch zu diesem Zeitpunkt weder die Anzahl der Minderheitenschutzanträge (§ 251 InsO) noch die Anzahl der sofortigen Beschwerden (§ 253 InsO) bekannt sind, empfiehlt es sich, Kriterien der Bestimmung eines Ausgleichs festzulegen oder jedenfalls so viel zurückzustellen, dass sämtliche potenziellen Schlechterstellung ausgeglichen werden können. Die Rückstellung im Plan kann also im Ergebnis jede nur denkbare Schlechterstellung durch einen Verteilungsschlüssel finanziell ausgleichen, wenn Gläubiger unter Berücksichtigung des angemeldeten aber bestrittenen Forderungsvolumens ihre jeweilige Forderung anschließend gerichtlich in voller Höhe erstreiten. Unverbrauchte Ausgleichsmittel können verteilt oder an den (sanierten) Schuldner fließen.

Werden Ausgleichsmittel vereinbart, liegt auch denknotwendigerweise kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 226 Abs. 1 InsO vor, weil

innerhalb der betroffenen Gruppe der streitigen Forderungen allen Beteiligten gleiche Rechte angeboten werden (hier das Recht auf Ausgleichsmittel). Auch wenn diese im Nachhinein von einem Gläubiger in Anspruch genommen, liegt keine unangemessene Beteiligung der anderen Gläubiger der Gruppe vor. Es erscheint zwar der Einwand denkbar, dass ein Gläubiger, der ohne den Plan gleichrangig zu befriedigen gewesen wäre, über die nachträgliche Berücksichtigung der im Prozesswege festgestellten Forderungshöhe und einer dadurch realisierten Zahlung aus den Ausgleichsmitteln bessergestellt wird.<sup>588</sup> Dabei würde jedoch verkannt werden, dass die Barmittel im Grundsatz allen zur Verfügung stehen und es würde ein Zirkelschluss stattfinden, weil der Gesetzgeber einen Ausgleich einer etwaigen Schlechterstellung zugunsten der Planbestätigung explizit regeln wollte.

### dd) Ergebnis: Wahrung und Schutz der Parteiinteressen

Ein Verteilungsplan ist zulässig. Die Verfahrensrechte bleiben in formaler Hinsicht gewahrt. Die Vorgaben des BGH werden somit eingehalten. In materiell-rechtlicher Hinsicht, gemeint ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sind Schlechterstellung aufgrund der geschätzten Schuldenmasse jedenfalls denkbar. Kann im Einzelfall nicht mit der nötigen Gewissheit ausgeschlossen werden, dass das Insolvenzergebnis mit dem Insolvenzplan für einige Gläubiger hinter dem fiktiven Ergebnis eines Regelverfahrens zurückbleibt, können Ausgleichsmittel bereitgestellt werden. Der Insolvenzplan kann umgesetzt werden und beschleunigt wie gewünscht die Abwicklung des Verfahrens. Das Vermögen kann verteilt werden.

Abschließend erinnern wir uns an die eingangs dargestellte Herausforderung von Bindung und Schutz der Verfahrensbeteiligten im Planverfahren.<sup>589</sup> Verteilungsmöglichkeiten wurden mit dem Options- und dem Verteilungsplan gefunden. In beiden Fällen ist der Status quo des Einzelnen mit den Wirkungen des Planverfahrens in Einklang zu bringen, bei dem in freien Verhandlungen

---

588 LG Göttingen ZInsO 2004, 1318: Gläubiger einer Gruppe sollten ursprünglich zu 100 % befriedigt werden. Eine Gläubigerin korrigierte ihre Forderung nach oben (noch vor der Abstimmung über den Plan), sollte aber ungeachtet dessen nur den zuvor für sie kalkulierten Betrag erhalten. Damit erhielten alle anderen 100 % und sie nur eine anteilige Befriedigung. Das LG bejahte eine unangemessene Beteiligung der Gläubiger einer Gläubigergruppe i. S. v. § 243 Abs. 1 Nr. 2 InsO an dem wirtschaftlichen Wert, der auf der Grundlage des Insolvenzplans den Beteiligten zufließt, da für die Gläubiger innerhalb derselben Gruppe eine unterschiedliche Befriedigungsquote vorgesehen war und somit der Grundsatz der Gleichbehandlung innerhalb der einzelnen Gläubigergruppen nicht beachtet wurde.

589 Siehe oben Kapitel 7 (A. II.).

jeder einzelne Beteiligte versuchen kann, sich Vorteile zu verschaffen. Bei der Suche nach einer Lösung müssen aber die geschützten Rechtsgüter und Interessen miteinander in Bezug gesetzt werden können, so dass allen Belangen ein hinreichendes Gewicht zukommt. Das erfolgt über das Forum der Gläubigerversammlung. Eine im Anschluss von Verhandlungen zu treffende Entscheidung über einen Insolvenzplan berührt die Investitionsfreiheit des Einzelnen nahezu immer – so selbstverständlich auch bei den hier vorgestellten Plänen. Deshalb besteht bei solchen Entscheidungen stets ein enormes Wagnis und nicht alle denkbaren Unsicherheiten können beseitigt werden; müssen es aber auch nicht, wie die Regelung des § 251 Abs. 3 InsO deutlich zum Ausdruck bringt. Die Umsetzung eines Insolvenzplans ist immer risikobehaftet, was auch im Rahmen der Auslegung der planrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen ist. Es gibt u. U. nicht immer ein Schwarz oder Weiß, ein 100 % oder 0 %. Erzwungene Abstriche und abverlangte Zugeständnisse sind der Preis der Gestaltungsfreiheit, sofern ein vollwertiger Minderheitenschutz gewährleistet ist. Denn die Gläubigerautonomie ist begrenzt und wird – nicht nur aus Gründen des Individualrechtsschutzes – nicht allumfassend gewährt. Gemessen an diesen Kriterien bleibt es das Recht des einzelnen Gläubigers, sein Forderungsrecht gerichtlich zu erstreiten, auch wenn seine Forderung durch den Insolvenzplan modifiziert oder gekürzt werden könne. Auf sein Teilhaberecht hat dies jedoch keinen Einfluss mehr. Etwaige daraus resultierende Schlechterstellung können nur noch im Rahmen des Minderheitenschutzes überprüft und im Einzelfall durch Ausgleichsmittel kompensiert werden. Alternativ kann der Gläubiger die ihm angebotene Quote akzeptieren und eine schnelle Zahlung auf seine Forderung erhalten.

## **Fazit:            Erinnerungen an die wichtigsten Erkenntnisse und Ausblick**

Zum Abschluss soll sich der Kreis schließen und noch einmal an die Abwicklung des besonderen Insolvenzverfahrens Phoenix erinnert werden. Dort sollten bereits zu Beginn des Verfahrens erhebliche Vermögenswerte verteilt werden. Die mehr als 30.000 Gläubiger konnten aber nur partizipieren, soweit das zugrunde liegende Insolvenzgläubigerrecht zur Insolvenztabelle festgestellt wurde. Der Feststellung standen wiederum Unwägbarkeiten vor allem in Bezug auf die genaue Bestimmung des Forderungswertes entgegen. Der vom Insolvenzverwalter vorgelegte Insolvenzplan, der den Berechnungsmodus allgemeinverbindlich regeln sollte, hielt einer Prüfung durch den BGH nicht stand. Die Begründung und Rechtsfolgen der Entscheidung wurden kaum zur Diskussion gestellt. Die richterlichen Erwägungen konnten aber im Hinblick auf die anerkannten Auslegungsmethoden überzeugen, da sich die gesetzlichen Regelungen über die Feststellung der Forderungen (§§174 ff. InsO), weil sie sich als Fundamentalnormen eines jeden Insolvenzverfahrens erweisen und damit insgesamt der Disposition der Planbeteiligten entzogen sind.

Doch was unserem Insolvenzrecht fehlt, ist ebenfalls dadurch deutlich geworden. Massenhaft streitige Insolvenzforderungen erschweren die Abwicklung des Verfahrens und gefährden die Vermögensrechte der Gläubiger, da sie insbesondere ein Stimmrecht nur über eine Einigung oder gerichtliche Entscheidung erlangen können. Beide Wege sind mit Risiken verbunden. Weit- aus gravierender sind die Auswirkungen in Bezug auf die Verteilung. Möchte man nicht den Ausgang einer unbestimmten Vielzahl von Gerichtsprozessen abwarten, haben die Ausführungen gezeigt, dass die InsO kaum wirksame Korrektur- oder Einflussnahmemöglichkeiten bereithält, dem Problem der massenhaft streitigen Forderungen während der Abwicklung des Regelverfahrens zu begegnen, um frühzeitig oder jedenfalls vor Abschluss einer Vielzahl von Feststellungsprozessen Vermögen verteilen zu können.

Die durch das Verfahren Phoenix aufgezeigte Sackgasse half jedoch, weil sie zur Neuorientierung zwang. Gesucht war ein Verfahrensweg, der es den Verfahrensbeteiligten rechtssicher, kurzfristig und insbesondere möglichst unter Bindung aller Gläubiger ermöglicht, eine Vielzahl streitiger Forderungen mithilfe einer mehrheitlichen Unterstützung durch die Gläubiger für insolvenzrechtliche Zwecke für alle bestimmbar zu machen. Mit Blick auf einen ausgewogenen Rechtsgüterschutz setzt aber eine solche Bestimmbarkeit dann notwendigerweise voraus, dass die von der Regelung betroffene Vielzahl der Gläubiger über den Fortgang und Ausgang des Verfahrens auch abstimmen können. Ein handelbares Verfahren zur Bestimmung der vielfachen Stimm-

rechte konnte mit Hilfe der gerichtlichen Stimmrechtsentscheidung gefunden werden, wobei Insolvenzrichter aufgerufen sind, geeignete Kriterien für die Bestimmung der Stimmrechte zu finden, um so die Mitwirkungsbefugnis aller betroffenen Gläubiger zu gewährleisten. Der Erfolg hängt entscheidend von der Koordination und Kooperation sämtlicher Beteiligter ab.

Auf der Suche nach einer geeigneten alternativen Planlösung kristallisierten sich letztendlich zwei Modelle als grundsätzlich geeignet heraus. Der sogenannte Optionsplan bereitet die Verteilung dergestalt vor, dass Gläubiger über Handlungsoptionen zu entscheiden haben, ob sie ihr streitiges Forderungsrecht einklagen oder eine Einigung herbeiführen wollen, wobei Schweigen auf das Vergleichsangebot des Planarchitekten als Form der Zustimmung vereinbart gilt.

Eine weitere Verteilungsmöglichkeit wurde im Modell des Verteilungsplans gefunden. Dieser ist dadurch gekennzeichnet, dass er den Bestand der einzelnen Forderungen unangetastet lässt und lediglich die quotenberechtigten Verbindlichkeiten schätzt, um so im Ergebnis eine Verteilung losgelöst von der Insolvenztabelle festzuschreiben. Verteilungen auf streitbefangene Forderungen werden damit zulässigerweise über eine Vereinbarung im Plan ermöglicht, noch bevor die Arbeit an der Insolvenztabelle abgeschlossen werden konnte. Eine etwaige Schlechterstellung könnte über bereitgestellte Mittel nach § 251 Abs. 3 InsO kompensiert werden.

Das Planverfahren ist gewissermaßen in der Gestaltungspraxis angekommen, jedenfalls in klassischen Konstellationen. Doch es bestehen Berührungsängste im „Breitengeschäft“ und vor allem bei schwierigen Verfahrenskonstellationen. Das aufwändige Verfahren ist gespickt mit rechtlich anspruchsvollen Fragestellungen und der Nutzen einer Planregelung, den es freilich nicht immer gibt, wohl auch mehr oder weniger unterschätzt. Bereits jetzt hat das Planverfahren *de lege lata* das Potenzial, die Zukunft der insolvenzrechtlichen Abwicklung maßgeblich zu beeinflussen. Darüber hinaus ist es nicht nur denkbar, das Planverfahren ganz allgemein (weiter) zu modifizieren, sondern auch für bislang zwingende Regelungsbereiche zu öffnen. Jedoch wäre dies *de lege ferenda* Aufgabe des Gesetzgebers.

# Anlagen

## A. Anlage 1: Rechenbeispiel für Rückstellungen

Annahmen:

- Im Verfahren melden 300 Gläubiger Forderungen über jeweils 30.000 EUR an, deren tatsächliche Höhe streitig ist und rechnerisch zwischen 3.000 bis 30.000 EUR bestimmt werden könnte.
- Das Verteilungsvolumen beträgt 2 Mio. EUR.
- Nach der vorgeschlagenen „Berechnungsmethode“ ließen sich die Forderung auf durchschnittlich 15.000 EUR beziffern.
- Bei der Nachtragsverteilung wären Rückstellungen für nahezu alle bestrittenen Forderungen zu bilden, weil sämtliche Gläubiger die Voraussetzungen hierfür schaffen.

Folge:

- Ein einigungsbereiter Gläubiger erhält in jedem Fall 3.300 EUR.
- Bei einer allgemein verbindlichen Regelung erhielte er 6.600 EUR.
- Im Extrem beträgt die Differenz somit 3.300 EUR; ob und wann er diese erhält, ist zeitlich unbestimmt → keine Entscheidungsbasis.

## Anlagen

Darstellung:

Anzahl einigungs- bereiter Gläubiger	1	100	200	Alle
Angemeldetes Forderungs- volumen in TEUR	9.000			
Festgestellte Schul- denmasse in TEUR	15	1.500	3.000	4.500
Rückstellungen (in TEUR) für:	8.970	6.000	3.000	0
Bei Verteilung zu berücksichtigende Schuldenmasse (in TEUR)	8.985	7.500	6.000	4.500
Verteilungsbetrag in TEUR	2.000			
Quote in % (gerundet)	22	27	30	44
Quote in TEUR	3,3 = Minimal- position	4,05	4,5	6,6 = Maximalpo- sition



## B. Anlage 2: Rechenbeispiel für Verteilungsungerechtigkeit

Annahmen:

- 3 Gläubiger melden Forderungen an.
- Der Verteilungsbetrag für die Abschlagsverteilung beträgt 1 Million EUR.
- Der individuell berechnete und damit unstreitig festzustellende Forderungsbetrag (= Sockelbetrag) für alle 3 Insolvenzgläubiger (bspw. im Fall Phoenix entsprechend der vertragsgemäßen Abrechnung) wird zur Tabelle festgestellt.
- Gläubiger 2 und 3 führen ungeachtet der Abschlagsverteilung Feststellungsprozesse und obsiegen. Gläubiger 1 hat keine Feststellungsklage erhoben oder unterlag.
- Der Schlussverteilungsbetrag beträgt nur noch weitere 500.000 EUR.
- Die Schlussverteilungsquote bleibt durch die zu korrigierenden Forderungen zur Tabelle hinter der Abschlagsquote zurück.

Folge:

- Erfolgreich geführte Feststellungsprozesse führen in bestimmten Konstellationen zu einer Überzahlung einzelner Gläubiger.
- In einer normalen Verfahrenskonstellation, d. h. der wesentliche Teil der Forderungen ist festgestellt und nur ein Bruchteil ist bestritten, können etwaige Verteilungsungerechtigkeiten (im Zeitpunkt der Abschlagsverteilung) durch einen Schlussverteilungsbetrag „aufgefangen“ werden.
- Bei einer Vielzahl streitiger Forderungen ist das höchst risikobehaftet.
- Die Abschlagszahlung an nicht klagende (bzw. im Feststellungsprozess unterliegende) Gläubiger führt *immer* dann zu einer Überzahlung von Gläubigern, wenn
  - a) Forderungen nach Abschluss des gerichtlichen Verfahrens mit einem höheren Forderungsvolumen berücksichtigt und zur Tabelle festgestellt werden müssen und
  - b) aufgrund eines zu geringen Schlussverteilungsbetrages die Schlussverteilungsquote hinter der Abschlagsquote zurückbleibt.

## Anlagen

Darstellung:

	Gläubiger 1	Gläubiger 2	Gläubiger 3	Gesamt
<b>Angemeldete Forderung in TEUR</b>	900	2.100	3.000	6.000
<b>Sockelbetrag in TEUR</b>	300	700	1.000	2.000
<b>Abschlagsbetrag</b>	1.000 (= vorläufige Quote von 50 %)			
<b>Ausschüttung in TEUR</b>	150	350	500	1.000
<b>PROZESS: Forderungskorrektur auf (in TEUR):</b>	unverändert	1.700	2.000	4.000
<b>Schlussverteilungsbetrag in TEUR</b>	500 (= endgültige Quote von 37,5 % <sup>590</sup> )			
<b>Anteil in TEUR</b>	112,5	637,5	750	1.500
<b>Abzüglich Abschlag</b>	150	350	500	
<b>Rest in TEUR</b>	- 37.500 =überzahlt!	287,5	250	

<sup>590</sup> = 4 Mio. zu berücksichtigende Forderungen in Bezug zum Gesamtverteilungsbetrag in Höhe von 1,5 Mio. (Abschlag + Schlussverteilung).

## C. Anlage 3: Rechenbeispiel für mögliche Schlechterstellung

Annahmen:

Für das Regelverfahren

- Können die Gläubiger ihre angemeldeten und bestrittenen Forderungen in voller Höhe gerichtlich erstreiten, betrüge die Verteilungsquote 10 %. Diese Quote ist der Vergleichsmaßstab.

Für das Planverfahren

- Forderungen werden nach einer individuellen Berechnungsmethode geschätzt. Ziel ist die Ermittlung des voraussichtlich werthaltigen Betrages der Forderung unter Berücksichtigung von Prozessrisiken und auch der Dauer. Dazu werden die Gläubiger kategorisiert und nach individuellen Kriterien unterschieden, bspw. nach welcher Berechnungsmethode sie ihre Forderungen bestimmt haben (hier: 4 Kategorien).
- Auf dieser geschätzten Grundlage wird das Vermögen verteilt.

Folge:

- Es gibt Gläubiger, die im Vergleich zum Regelverfahren bessergestellt werden aber auch Gläubiger, die schlechter gestellt werden.
- Bei der Verteilung werden die Besserstellungen als Rückstellungen zurückbehalten, hier für Gläubiger der Kategorie III und IV in Höhe von insgesamt 18.340 EUR!

Denkbare Szenarien:

1. Kategorie I oder/und II klagt und verliert, Rückstellungen werden aufgelöst und auf Kategorie III oder/und IV verteilt, Ergebnisse Plan sind erreicht, eine Schlechterstellung musste nicht ausgeglichen werden.
2. Kategorie I klagt und obsiegt. Kategorie II erkennt durch Klageverzicht Planverteilungsergebnis an. Rückstellungen werden teilweise aufgelöst und zur Beseitigung der Schlechterstellung an ihn verteilt. Rest erhalten Kategorie III und IV.
3. Kategorie II klagt und obsiegt. Kategorie I erkennt durch Klageverzicht Planverteilungsergebnis an. Rückstellungen werden teilweise aufgelöst und zur Beseitigung der Schlechterstellung an ihn verteilt. Rest erhalten Kategorie III und IV.

4. Kategorie I und II klagen und obsiegen, Rückstellungen werden vollständig aufgelöst und zur Beseitigung der Schlechterstellung an beide verteilt. Ergebnisse Plan entsprechen (nur) dem Regelverfahren, aber vorzeitige Verteilung war rechtssicher möglich.

### C. Anlage 3: Rechenbeispiel für mögliche Schlechterstellung

Darstellung:

Ausgangspunkt					
	Kategorie I	Kategorie II	Kategorie III	Kategorie IV	Gesamt
angemeldete Forderungen in TEUR	750	600	400	250	2.000
Verteilungsbeitrag in TEUR	200				
Regelverfahren					
Quote für das Maximalszenario	10 % (unter Annahme, dass alle Forderungen in voller Höhe festgestellt werden können)				
Verteilungsbeitrag TEUR	75	60	40	25	200
Planverfahren					
Gruppierung der Gläubiger	Kategorie I	Kategorie II	Kategorie III	Kategorie IV	Gesamt
<u>Schätzung</u> des werthaltigen Forderungsvolumen in TEUR	400	300	300	200	1.200
Fiktives Ergebnis volle Verteilung ohne Rückstellungen in TEUR	66,67	50	50	33,34	200
	Verteilung erfolgt <u>OHNE</u> Besserstellungen im Vergleich zum Regelverfahren. Diese werden zurückgestellt.				
Ausschüttung in TEUR	66,67	50	40	25	181,67
Rückstellungen	-	-	10	8,33	18,33

## Anlagen

<b>Mögliche Schlechterstellung in TEUR</b>	8,33	10	-	-	18,33
<b>Ausgleich</b>	Soweit geltend gemacht und höhere Forderung festgestellt werden kann, erfolgt ein Ausgleich über die zurückbehaltenen Mittel, näheres regelt der Plan.				

# Literaturverzeichnis

- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael:** Insolvenzordnung, 3. Auflage, München 2014
- Baumert, Andreas J./Schmitt, Frank:** Phoenix Kapitaldienst – ein Verfahren schreibt BGH Rechtsprechung, NZI 2012, 394–402
- Beck, Siegfried/Depré, Peter:** Praxis der Insolvenz – Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 2. Auflage, München 2010
- Becker, Christoph:** Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln/Berlin/München 2010
- Bork, Reinhard:** Der Insolvenzplan, ZZP 1996, 473–486
- Bornemann, Alexander:** Das ESUG im Stresstest – die Reform des Unternehmensinsolvenzrecht aus Sicht der Praxis, in: Rostocker Schriften zum Bankrecht, Heft 17 zum 18. Rostocker Bankentag am 14.11.2013, Berlin 2014
- Braun, Eberhard:** Insolvenzordnung (InsO), 6. Auflage, München 2014
- Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm:** Unternehmensinsolvenz – Grundlagen Gestaltungsmöglichkeiten Sanierung mit der Insolvenzordnung, Düsseldorf 1997
- Breutigam, Axel/Kahlert, Sven:** Forderungsfeststellung im Planverfahren – eine unendliche Geschichte? ZInsO 2002, 469–472
- Broude, Richard F.:** Reorganizations Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code, Loseblattsammlung, Januar 2013
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:** Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, Köln/München 2008
- Dahl, Michael/Thomas, Johanna:** Die Phoenix-Insolvenz in Rechtsprechung und Praxis, GWR 2011, 179–182
- Ehricke, Ulrich:** Beschlüsse einer Gläubigerversammlung bei mangelnder Teilnahme der Gläubiger, NZI 2000, 57–62
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian:** Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 1.6.2015, 25. Edition, München
- Frank, Achim:** Der verfahrensleitende Insolvenzplan, in: Der Jurist als Notarzt – Festschrift für Dr. Eberhard Braun zum 60. Geburtstag, S. 219–237, München 2007
- Frank, Achim/Baumert, Andreas J.:** Anmerkung zu BGH: Insolvenzverwalter hat kein Beschwerderecht gegen Versagung der Bestätigung des Insolvenzplans (Phoenix), FD-InsR 2009, 277437
- Frind, Frank:** Die Grenze zwischen Gestaltung und Manipulation im Insolvenzplanverfahren, NZI 2007, 374–378
- Frind, Frank/Haarmeyer, Hans/Heyrath, Michael/Schmerbach, Ulrich/Schmidt, Andreas:** Ausbau und Erhalt der Sanierungs- und Ordnungsfunktion des Insolvenzrechts – „Hamburger Thesen“ vom 8./9.9.2005, ZInsO 2005 982–984



- Foerste, Ulrich:** Verdeckte Rechtsfortbildung in der Zivilgerichtsbarkeit, JZ 2007, 122–135
- Fuchs, Karlhans:** Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Auflage, Köln 2000
- Gerbers, Axels/Pape, Gerhard:** Der Umgang mit Forderungsanmeldungen nach Einreichung des Schlussberichts, ZInsO 2006, 685–690
- Grell, Frank/Klockenbrink, Ulrich:** Stimmverbote in Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss – Grenzen der Gläubigermitbestimmung in Insolvenzverfahren?, DB 2014, 2514 – 2519
- Grub, Volker:** Zur Beendigung des Insolvenzverfahrens bei Insolvenzplan, DZWIR 2004, 317–319
- Happe, Eike:** Die Rechtsnatur des Insolvenzplans, Köln/Berlin/München 2004
- Hänel, Robert:** Gläubigerautonomie und das Insolvenzplanverfahren, Dissertation, Berlin 2000
- Häsemeyer, Ludwig:** Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln/München 2007
- Heidel, Thomas:** Aktien- und Kapitalmarktrecht, 4. Auflage, Bonn 2014
- Heinrich, Jens:** Neues von „Phoenix“ – Eine Anmerkung zum Insolvenzplanverfahren, NZI 2009, 546–549
- ders.: Der Insolvenzplan – Verfahrensbeendend! Verfahrensbegleitend? NZI 2008, 74–78
- Henckel, Wolfram:** Deregulierung im Insolvenzverfahren?, KTS 1989, 477–494
- Hess, Harald:** Insolvenzrecht, Band I, §§ 1–112 InsO, Band II, §§ 113–359, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin 2007
- Hess, Harald/Weis, Michaela:** Der Insolvenzplan, WM 1998, 2349 – 2362
- Heese, Michael:** Gläubigerinformation in der Insolvenz: Eine vergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen und deutschen Rechts zur Verbesserung des Gläubigerschutzes im Insolvenzverfahren, 1. Auflage, Tübingen 2008
- Heukamp, Anna:** Die gläubigerfreie Gläubigerversammlung, ZInsO 2007, 57–62
- Hiebert, Olaf:** Zur verfahrensrechtlichen Behandlung von Planänderungen im Erörterungs- und Abstimmungstermin – zwischen Gläubigerautonomie und gerichtlicher Verfahrensleitung, ZInsO 2015, 113–115
- Holzer, Johannes:** Entscheidungsträger im Insolvenzverfahren: Zusammenarbeit zwischen Richter, Rechtspfleger und Insolvenzverwalter, 3. Auflage, Köln 2004
- Hölzle, Gerrit:** Unternehmenssanierung außerhalb der Insolvenz – Überlegungen zu einem Sanierungsvergleichsgesetz, NZI 2010, 207–214
- Jaeger, Ernst:** Insolvenzordnung, Band 1, §§ 1–55 InsO, 1. Auflage, Berlin 2004
- ders.: Insolvenzordnung Band 2, §§ 56–102 InsO, 1. Auflage, Berlin 2007
- ders.: Insolvenzordnung Band 6, §§ 174–216 InsO, 1. Auflage, Berlin 2010
- Jauernig, Othmar/Berger, Christian:** Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Auflage, München 2010
- Keller, Ulrich:** Insolvenzrecht, 1. Auflage, München 2006

- ders.: Die Feststellung des Stimmrechts bei Gläubigerversammlungen – eine in der Insolvenzpraxis gerne unterschätzte Problematik, NZI 2009, Heft 3 – Editorial
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich:** Strafbgesetzbuch, 4. Auflage, Baden Baden 2013
- Kirchhof, Hans-Peter/Eidenmüller, Horst/Stürner, Rolf:** Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 (§§ 1–79 InsO), 3. Auflage, München 2013
- dies.: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2 (§§ 80–216 InsO), 3. Auflage, München 2013
- dies.: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band 3 (§§ 217–359 InsO), 3. Auflage, München 2014
- Kreft, Gerhart:** Insolvenzordnung, 5. Auflage, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin 2008
- Lehmann, Jochen und Rühle, Thomas:** Das beschleunigte Zurückweisungsverfahren gem. § 253 Absatz IV InsO in der Praxis – Erste Hinweise aus Karlsruhe, NZI 2014, 889–895
- dies.: Die Ausgleichsmittel gem. § 251 Absatz III InsO inner- und außerhalb des Insolvenzverfahrens, NZI 2015, 151–157
- Leonhardt, Peter/Smid, Stefan/Zeuner, Mark:** Insolvenzordnung, 3. Auflage, Stuttgart 2010
- Lepa, Brita:** Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, Dissertation, Berlin 2001
- Lissner, Stefan:** Haftung und Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters, BB 2014, 1419 – 1424
- Lüdemann, Jörn:** Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, JuS 2004, 27–30
- Madaus, Stephan:** Die Bewältigung von Massenschäden über ein Planverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des neuen Insolvenzrechts, ZIP 4/2014, 160–163
- ders.: Der Insolvenzplan – Von seiner dogmatischen Deutung als Vertrag und seiner Fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz, Tübingen 2011
- ders.: Anmerkung zu BGH: Rechtliche Anforderungen an einen Insolvenzplan, NZI 2015, 697–704
- Mohrbutter, Peter:** Der Ausgleich von Verteilungsfehlern in der Insolvenz, Dissertation, Köln/Berlin/Bonn/München 1998
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker:** Insolvenzordnung, 29. Ergänzungslieferung, München 2016
- Oelrichs, Carsten P.:** Gläubigermitwirkung und Stimmverbote im neuen Insolvenzverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1999
- Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage, München 2014
- Pape, Gerhard:** Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen – Bemerkungen zum Regierungsentwurf v. 4.5.2011 (BT-Drucks. 17/5712), ZInsO 2011, 1033 – 1041

- ders.: Zur Stellung und Bedeutung der Gläubigerversammlung im Konkurs, ZIP 1990, 1251 – 1258
- ders.: Ungeschriebene Kompetenzen der Gläubigerversammlung versus Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2006, 65–72
- Paul, Uwe:** Insolvenzplan: Können nicht angemeldete Forderungen i. S. v. §§ 255, 256 InsO „wieder Aufleben“? – Zugleich Besprechung des Urteils des OLG Celle v. 14.7.2011 – 13 U 26/11, ZInsO 2011, 1505, ZInsO 2011, 1590 – 1593
- Paulus, Christoph G.:** Die Rolle der Gläubiger im neuen Insolvenzrecht, DZWIR 1999, 53–60
- Paulus, Christoph G./Zenker, Wolfgang:** Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1–9
- Pawlowski, Hans-Martin:** Zur Auslegung der Insolvenzordnung, DZWIR 2001, 45–56
- Piekenbrock, Andreas:** Anmerkung zu: BGH: Keine Beschwerde des Insolvenzverwalters gegen Versagung der Bestätigung des Insolvenzplans und Unabdingbarkeit der Regelungen zur Forderungsfeststellung, LMK 2009, 281471
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang:** Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1 (§§ 1–354 ZPO), 4. Auflage, München 2013
- Rendels, Dietmar/Zabel, Karsten:** Insolvenzplan, Köln 2013
- Ringstmeier, Andreas:** Sanierung und Insolvenz, in: Festschrift für Klaus Hubert Görg zum 70. Geburtstag, S. 381–392, München 2010
- Rüve, Mirjam:** Mehrheitsbeschaffung durch die Gruppenbildung im Insolvenzplan, Dissertation, Hamburg 2008
- Schiessler, Wolfram:** Der Insolvenzplan, Bielefeld 1997
- Schmidt, Andreas:** Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 4. Auflage, Münster 2012
- Schmidt Andreas/Roth, Jan:** Die Bewertung von streitigen Verbindlichkeiten bei der Ermittlung der Insolvenzeröffnungsgründe, ZInsO 2006, 236–241
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2014
- Schreiber, Werner/Flitsch, Michael:** Geltendmachung von Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens, Betriebs-Berater (BB) 2005, S. 1173 – 1179
- Shulman, Carren:** Claim Estimation: Potential Pitfall For Creditors In Chapter 11 Matters, The Metropolitan Corporate Counsel, Volume 20, No. 5, May 2012
- Simon, Stefan/Brüinkmans, Christian:** Die Ausgliederung von sanierungswürdigen Betriebsteilen mithilfe des Insolvenzplanverfahrens nach ESUG: verdrängt die Gläubigerautonomie den institutionalisierten Gläubigerschutz des Umwandlungsgesetzes?, ZIP 2014, 657–667
- Smid, Stefan:** Struktur und systematischer Gehalt des deutschen Insolvenzrechts in der Judikatur des IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (VIII, Teil 2), DZWIR 2010, 45–61

ders.: Zulässige Gruppenbildung als Mittel der Nutzung des Insolvenzplans als Instrument legitimer Ungleichbehandlung von Gläubigergruppen, jurisPR-InsR 10/2008, erschienen am 15.5.2008, Anmerkung 3 zu BGH, Beschluss vom 10.1.2008 – IX ZB 97/07

**Smid, Stefan/Rattunde, Rolf/Martini, Torsten:** Der Insolvenzplan, 3. Auflage, Stuttgart 2012

**Staudinger:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil 3, §§ 90–124, 130–133, Berlin 2012

ders.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1 Allgemeiner Teil 4, §§ 134–163, Berlin 2003

ders.: Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2011

**Uhlenbruck, Wilhelm:** Zur Forderung des Bundes Deutscher Rechtspfleger auf Vollübertragung des gerichtlichen Insolvenzverfahrens auf den Rechtspfleger, ZInsO 2001, 1129 – 1133

**Uhlenbruck, Wilhelm/Hirte, Heribert/Vallender, Heinz:** Insolvenzordnung, 13. Auflage, München 2010

**Wank, Rolf:** Die Auslegung von Gesetzen, 3. Auflage, Köln 2005

**Warnikoff, Alexander:** Die Möglichkeiten zum Unternehmenserhalt nach dem neuen Insolvenzrecht, KTS 1996, 489–504

**Wehdeking, Silke:** Rechtsnatur und Auslegung von Insolvenzplänen, jurisPR-InsR 5/2006, erschienen am 2.3.2006, Anmerkung 3 zu BGH 9. Zivilsenat, Urteil vom 6.10.2005 – IX ZR 36/02

**Wellensiek, Jobst:** Sanieren oder liquidieren? – Unternehmensfortführung und -sanierung im Rahmen der neuen Insolvenzordnung, WM 1999, 405–411

**Wimmer, Klaus:** Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Auflage, Köln 2011

**Wimmer, Klaus/Dauernheim, Jörg/Wagner, Martin/Weidekind, Sabine-Sofie:** Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht, 3. Auflage, Köln 2008

**Wrobel-Sachs, Hildegard:** Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Köln 2009

**Zeuner, Mark:** Durchsetzung von Gläubigerinteressen im Insolvenzverfahren, NJW 2007, 2952 – 2957

