

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

Band 136

Insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie im Gläubigerausschuss

Von

Carl-Friedrich Thoma



Duncker & Humblot · Berlin

CARL-FRIEDRICH THOMA

Insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie
im Gläubigerausschuss

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 136

Insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie im Gläubigerausschuss

Von

Carl-Friedrich Thoma



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15606-1 (Print)
ISBN 978-3-428-55606-9 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85606-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2017/2018 zur Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Juni 2018.

Besonders danke ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M., der mich bei dieser Arbeit von der ersten Sekunde an vorbehaltlos unterstützt und beraten hat. Mit Vertrauen hat er mir größte wissenschaftliche Freiheit eingeräumt, die mir starker Antrieb war.

Herrn Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M., danke ich sehr herzlich für die zügige Zweitbegutachtung und seine wertvollen Anmerkungen.

Besonderer Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M., am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg. Bei ihm konnte ich während der Bearbeitungszeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter motivierende und inspirierende Einblicke in die wissenschaftliche Arbeit gewinnen. Ihm, meinem Doktorvater und Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler danke ich zudem für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Ich danke auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des MPI in Hamburg. Allen voran aus der Bibliothek: Frau Elke Halsen-Raffel, Frau Monika Behrens, Herrn Maik David, Herrn Oliver Hinz und Herrn Jan-Oliver Wendt.

Dem Präsidenten des Amtsgerichts Hamburg sowie Frau Dr. Nora Karsten danke ich für die freundliche Gewährung der Akteneinsicht im November 2016.

Für mühevollles Korrekturlesen und konstruktive Kritik danke ich Herrn Dr. Andreas Engel, LL.M., Frau Helen Knitz, Herrn Axel Krohn, Herrn Dr. Jan-Mark Steiner und Herrn Luca Wimmer.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet. Was an ihr gelungen ist, verdanke ich ihnen.

Frankfurt am Main, im Winter 2018

Carl-Friedrich Thoma

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
I. Einführende Überlegungen	13
II. Verlauf der Untersuchung	14

Kapitel 1

Gläubigerautonomie	16
A. Autonomie im Recht	17
I. Moralphilosophischer Autonomiebegriff	18
II. Rechtlicher Autonomiebegriff	21
B. Allgemeine Gläubigerautonomie	25
I. Privatautonomie	26
II. Gläubigerselbstverwaltung	30
III. Gläubigerschutz	31
IV. Gläubigerrechte	33
V. Deregulierung	34
VI. Zwischenergebnis	34
C. Besondere Gläubigerautonomie in der Insolvenz	35
I. Wandlung durch Insolvenzeintritt	35
II. Wirkbereiche von Gläubigerautonomie in der Insolvenz	38
1. Gläubigerversammlung	38
2. Gläubigerausschuss	39
III. Zwischenergebnis	40
D. Praktische Bedeutsamkeit der insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie	40
I. Entwicklung des deutschen gläubigerzentrierten Insolvenzverfahrens	41
II. Gläubigerautonomie als Zielbestimmung der Gesetzgebung	46
III. Gläubigerautonomie in ausländischen Insolvenzverfahren	48
1. Leximetrische Bewertung des Autonomieniveaus der Gläubiger in verschiedenen Rechtsordnungen	50
2. England	53
3. Exkurs: Scheme of Arrangement	56

4. USA	59
5. Exkurs: Covenants	62
6. Frankreich	65
7. Skandinavien	69
a) Schweden	70
b) Finnland	71
c) Norwegen	71
d) Dänemark	73
e) Zwischenergebnis Skandinavien	73
8. Zwischenergebnis	74
IV. Korrelation von Gläubigerautonomie und Insolvenzquote	75
V. Zwischenergebnis	78
E. Verfassungsrechtliches Gebot zur insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie	78
I. Vorüberlegungen	80
II. Eigentumsrecht, Art. 14 GG	82
III. Ausfluss der Privatautonomie	86
IV. Subsidiaritätsprinzip	88
V. Zwischenergebnis	90
F. Involvierungsgedanke des Insolvenzrechts	90
G. Zwischenergebnis	92

Kapitel 2

Der Gläubigerausschuss	94
A. Individuelle Interessen oder Kollektivinteresse	95
B. Kollektivinteressenvertretung durch Gremien	96
I. Das Gremium als Lösung des Kollektivinteressenproblems	97
II. Parallelbeispiele	102
1. Aufsichtsrat	102
2. Kollektivinteressenvertretung durch Betriebsrat	107
III. Zwischenergebnis	108
C. Erscheinungsformen des Gläubigerausschusses	109
I. Der originäre vorläufige Pflichtausschuss	109
II. Der derivative vorläufige Gläubigerausschuss (Antragsausschuss)	110
III. Der fakultative vorläufige Gläubigerausschuss (amtswegiger Ausschuss)	111
IV. Der vorläufige Gläubigerausschuss des eröffneten Verfahrens (Interimsausschuss)	112

V. Der endgültige Gläubigerausschuss	113
VI. Gruppen-Gläubigerausschuss der Konzerninsolvenz	113
D. Der Gläubigerausschuss in der Praxis	114
E. Verhältnis des Ausschusses zu den übrigen Insolvenzbeteiligten	117
I. Gläubigerversammlung	117
1. Ersetzungskompetenz der Gläubigerversammlung	119
2. Ersetzungskompetenz des Gläubigerausschusses	121
3. Zwischenergebnis	122
II. Insolvenzverwalter	122
III. Insolvenzgericht	124
IV. Insolvenzschnldner	125

Kapitel 3

Gläubigerautonome Gestaltung des Gläubigerausschusses	126
A. Wirkung des ESUG auf das Institut des Gläubigerausschusses	126
B. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses	127
I. Allgemeine Voraussetzungen	128
II. Einzelfragen der Mitgliedschaft	130
1. Anwendungsbereich des § 67 Abs. 2 InsO	131
2. Die juristische Person	132
a) Übergang des Ausschusspostens bei Insolvenz des Mitglieds	133
b) Insolvenz als wichtiger Grund im Sinne des § 70 S. 1 InsO	134
c) Zwischenergebnis	136
3. Stellvertretung im Ausschuss	136
a) Meinungsstand	137
b) Bedeutung des „höchstpersönlichen“ Amtes	138
c) Vertretbarkeit der Aufgaben des Ausschussmitglieds	140
aa) Analogie zu § 111 Abs. 6 AktG	141
bb) Enge persönliche, verfahrensinterne Bindung	142
cc) Die juristische Person als Präzedenzfall	142
dd) Geschäftsordnung als gläubigerautonomes Steuerungsinstrument	143
ee) Sonstige zwingende Gründe für ein Vertretungsverbot	144
ff) Zwischenergebnis	145
d) Zwischenergebnis	145
4. Gewerkschaftsvertreter als Dritte im vorläufigen Gläubigerausschuss	145
a) Meinungsstand	146

b) Stellungnahme zum Verhältnis von § 67 Abs. 2 S. 1 InsO zu § 67 Abs. 2 S. 2 InsO	148
c) Zwischenergebnis	151
C. Die Ausübung des Amtes	151
I. Ausgewählte Rechte der Gläubigerausschussmitglieder	152
1. Verwalterbestellung	153
2. Abwahlbefugnis	154
3. Auskunftsrechte	156
a) Auskunftsrechte gegenüber dem Insolvenzverwalter	156
b) Auskunftsrechte gegenüber dem Schuldner	158
4. Zustimmungsrechte	159
5. Vergütung	161
II. Pflichten der Gläubigerausschussmitglieder	164
III. Beschlussfassung	165
D. Die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses	167
I. Die Haftung der Gläubigerausschussmitglieder gemäß § 71 InsO	169
1. Sachbefugnis	169
2. Haftungstatbestand und Verschulden	170
3. Haftung für Verhalten Dritter	172
4. Rechtsfolgen	174
II. Haftung und Gläubigerautonomie	174
1. Gefahr der „Trockenlegung“ durch Haftung: Business Judgement Rule und Haftpflichtversicherung	174
2. Gläubigerautonomie Gestaltungsmöglichkeiten	178
a) Abdingbarkeit der Haftung	179
b) Unentgeltliche Tätigkeit	180
c) Antizipierter Erlassvertrag	181
d) Der Gläubigerbeirat als alternative Beteiligungsform	181
III. Zwischenergebnis	182

Kapitel 4

Besonderheiten des Gruppen-Gläubigerausschusses	184
A. Der Gruppen-Gläubigerausschuss als gläubigerautonomes Instrument	184
I. Rechte des Gruppen-Gläubigerausschusses	185
II. Haftung und Koordinationspflicht	186
1. Haftung	186
2. Kooperationspflicht	187

B. Mitgliedschaft im Gruppen-Gläubigerausschuss	188
C. Zwischenergebnis	189
Zusammenfassung in Thesen	190
Anhang	194
Literaturverzeichnis	199
Stichwortverzeichnis	222

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
Am. Bankr. L. J.	American Bankruptcy Law Journal
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des BAG
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsund Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
EL	Ergänzungslieferung
EWiR	Entscheidungen im Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review (Zeitschrift)
gem.	gemäß
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
Hrsg.	Herausgeber/in
i.E.	Im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
Jahrb. f. Nationalök. u. Stat.	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
J. Corp. L. Stud.	Journal of Corporate Law Studies
J. Econ. Perspect.	The Journal of Economic Perspectives
J. Fin.	The Journal of Finance
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
J. Value Inquiry	The Journal of Value Inquiry
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KuT	Konkurs- und Treuhandwesen (Zeitschrift)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift Spezial
N.Y.U.J.L. & Liberty	New York University Journal of Law & Liberty
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RegE	Regierungsentwurf
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der interantionalen Wirtschaft (Zeitschrift)
Sc. St. L.	Scandinavian Studies in Law
sog.	sogenannte
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapiermitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

I. Einführende Überlegungen

Am 15. August 2017 stellte die zu diesem Zeitpunkt zweitgrößte deutsche Fluggesellschaft *Air Berlin* beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung.¹ Davon erfasst waren neben der *Air Berlin PLC* auch die *Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG* und die *airberlin technik GmbH*. Eine Woche später, am 23. August 2017, kamen die vorläufigen Gläubigerausschüsse der drei Gesellschaften zu ihren konstituierenden Sitzungen zusammen und entschieden über die Fortführung des Betriebes sowie des Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung.² Daneben bestätigten sie den vom Amtsgericht eingesetzten Sachwalter *Lucas Flöther* in seinem Amt. Die Veräußerung der Ferienfluggesellschaft *Niki* und einzelner Flottenteile und Startlizenzen wurde trotz der bereits weit gediehenen Gespräche mit der *Lufthansa AG* nicht beschlossen.³ *Lucas Flöther* seinerseits hatte auch schon andere Erfahrungen mit Gläubigerausschüssen gemacht: Im Jahr 2012 war er als Sachwalter des Müsliherstellers *Dailycer* abgewählt worden.⁴

Es sind nicht viele Fälle, in denen ein Gläubigerausschuss eingesetzt wird und er seine Macht derart eindrücklich demonstrieren kann. Aber wenn es so weit kommt, liest man davon in den Zeitungen.⁵

Der Gläubigerausschuss sei, so der Tenor der Literatur, zentrales Organ der Gläubigerautonomie.⁶ Gläubigerautonomie wiederum sei ein prägendes Prinzip des Insolvenzrechts.⁷ Welche Rolle spielt damit der Gläubigerausschuss im Insolvenz-

¹ Veröffentlichung einer Insiderinformation der *airberlin Group* gemäß Artikel 17 der Verordnung (EU) Nr. 596/2014, 15. 8. 2017, abrufbar auf goo.gl/VvJBm, zuletzt abgerufen am 26. 06. 2018.

² Pressemitteilung der *airberlin Group*, 23. 8. 2017, abrufbar auf <https://goo.gl/2G6qvL>, zuletzt abgerufen am 26. 06. 2018.

³ *Friese, Ulrich/Kotowski*, Timo, Hürden für Lufthansas Jagd auf Air Berlin, FAZ.net, 23. 08. 2017, abrufbar auf <https://goo.gl/VMPvfe>, zuletzt abgerufen am 26. 06. 2018.

⁴ Der neue Aufpasser für Air Berlin, FAZ vom 17. 08. 2017, S. 19.

⁵ Größere Fälle in jüngerer Vergangenheit waren der insolvente und ebenfalls von *Flöther* verwaltete Fahrradhersteller *Mifa*, FAZ vom 28. 01. 2017, S. 25, oder der Beteiligungsanbieter an Containern *Magellan Maritime*, FAZ vom 17. 06. 2017.

⁶ Statt vieler *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 67 Rn. 1; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 16 Rn. 2.

⁷ Erstmals als „Prinzip“ bezeichnet bei: Motive zum Entwurf einer Gemeinschaftsdordnung, Bd. II, S. 19; siehe auch: *Kübler*, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 62;

verfahren? Diese Frage kann beantwortet werden, wenn der Gehalt insolvenzrechtlicher Gläubigerautonomie verstanden und sein Bezug zum Gläubigerausschuss nachvollzogen wird. So werden zwei Ziele erreicht: Zum einen kann das Prinzip der Gläubigerautonomie auf seine tatsächliche Leistungsfähigkeit überprüft werden. Es ist dabei denkbar, dass Gläubigerautonomie keineswegs ein Prinzip des Insolvenzrechts darstellt, sondern dass sich dahinter vielmehr mehrere Einzelzwecke verbergen und der Begriff mit der Zeit eine Eigendynamik entwickelt hat, die diesen Zwecken womöglich sogar zuwider läuft.

Zum anderen kann der Gläubigerausschuss anhand der Erkenntnisse zur Gläubigerautonomie an den dahinter stehenden Zwecken ausgerichtet und weiterentwickelt werden. Dabei lässt sich vermuten, dass der Gläubigerausschuss zwar nicht dazu fähig ist, ein Standard-Instrument in einem Großteil der Insolvenzverfahren zu werden, er aber ein hochspezialisiertes, professionell besetztes und flexibles Organ der Gläubigerbeteiligung darstellt, das insbesondere dann das Verfahren bereichert, wenn etwa die zweitgrößte deutsche Fluggesellschaft oder ein anderes Großunternehmen in die Krise gerät.

II. Verlauf der Untersuchung

Die Arbeit ist in vier Teile gegliedert. Zu Beginn der Untersuchung wird der Begriff der Gläubigerautonomie geklärt. Dabei wird die Trennlinie zwischen rechtlicher und moralphilosophischer Autonomie akzentuiert, um sodann die Bedeutung insolvenzrechtlicher Gläubigerautonomie bestimmen und ihren Wirkungskreis im deutschen Recht abstecken zu können. Dies legt das Fundament für eine diachronische Untersuchung der Gläubigerautonomie im deutschen Recht. Sie umfasst sowohl die tatsächliche Ausgestaltung der Gläubigerbeteiligung in der Insolvenz des Schuldners als auch die Bedeutung der Gläubigerautonomie als gesetzgeberische Zielbestimmung. Der Blick in die deutsche Geschichte wirft die Frage auf, welche Entwicklung Gläubigerautonomie in ausländischen Rechten genommen hat. Die Antwort gibt sodann eine Rundschau in das englische, US-amerikanische, französische und skandinavische Recht. Etwaigen Zweifeln an der Leistungsfähigkeit der Gläubigerautonomie als Prinzip des Insolvenzrechts wird im Anschluss durch eine nähere Untersuchung der Insolvenzergebnisse im Verhältnis zu der Beteiligungsintensität der Gläubiger nachgegangen. Den Abschluss des ersten Teils bildet die Suche nach einem verfassungsrechtlich begründeten subjektiven Recht der Gläubiger auf Beteiligung im Insolvenzverfahren. Zudem wird der Blick auf eine zusätzliche Dimension gerichtet: Gläubigerbeteiligung als Friedensstifter in der Insolvenz.

Hegmanns, Gläubigerausschuss, S. 4 ff.; *Marotzke*, ZInsO 2003, 726, 726; *Henckel*, KTS 1989, 477 f.; *Neumann*, Gläubigerautonomie, S. 14; *Pape*, in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn. 13.

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich dem Gläubigerausschuss als Organ der Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren. Den Einstieg bildet die institutionen-ökonomische Rechtfertigung eines Gläubigergremiums in der Insolvenz. Dabei wird der Gläubigerausschuss mit parallelen Organen der Kollektivinteressenvertretung in Verhältnis gesetzt: dem Aufsichtsrat und dem Betriebsrat. Im Anschluss werden die rechtlichen Grundlagen des Gläubigerausschusses kompakt zusammengefasst, um dann die Bedeutung des Gläubigerausschusses in der Praxis zu beleuchten. Dabei werden auch die Erkenntnisse einer Akteneinsicht am Amtsgericht Hamburg über dort eingesetzte Gläubigerausschüsse zwischen 2007 und 2015 zusammengefasst. Der zweite Teil wird sodann abgeschlossen mit der Einordnung des Gläubigerausschusses im Gefüge des Insolvenzverfahrens, um die Rechtsstellung des Organs zu den übrigen Verfahrensbeteiligten zu klären.

Der dritte Teil der Arbeit unternimmt den Versuch, den Gläubigerausschuss mithilfe normativer Analyse und der Erkenntnisse aus den Überlegungen zur Gläubigerautonomie in einzelnen ausgesuchten Punkten weiterzuentwickeln. Die drei Anknüpfungspunkte sind dabei die Mitgliedschaft im Ausschuss, die Amtsausübung und die Haftung der Ausschussmitglieder.

Der vierte Teil trägt den neuesten Entwicklungen des Insolvenzrechts durch die Einführung eines deutschen Konzerninsolvenzrechts Rechnung. Hier werden das neue Organ des Gruppen-Gläubigerausschusses und sein Beitrag zur Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren näher untersucht. Den Abschluss der Arbeit bildet sodann die Zusammenfassung der entwickelten Thesen.

Kapitel 1

Gläubigerautonomie

Gläubigerautonomie als Prinzip des Insolvenzrechts weckt große Erwartungen. Jede Reform der Insolvenzordnung enthält das Postulat, der Einfluss der Gläubiger solle vermehrt, Gläubigerselbstverwaltung gestützt oder Gläubigerautonomie gestärkt werden.⁸ Der Oberbegriff der Gläubigerautonomie scheint dabei sich selbst erklären zu können, denn jeder mag eine Vorstellung davon haben, was einen Gläubiger ausmacht und was Autonomie bedeutet. Wenn aber in der Gläubigerautonomie ein grundlegendes Prinzip des Insolvenzrechts gesehen wird, muss für die Weiterentwicklung des Rechts in dem Prinzip eine über das landläufige Verständnis hinausgehende Leitlinie für diejenigen Mittel erkennbar werden, mit denen der Insolvenzszweck realisiert werden soll. Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, was von einer rechtlichen Autonomie grundsätzlich erwartet werden kann (I.). Anhand des so gewonnenen Verständnisses rechtlicher Autonomie kann im Anschluss der Umgang der deutschen Insolvenzordnung mit den Gläubigern dargestellt werden (II. und III.). Wenn in dieser Darstellung beobachtet wird, wie und in welchem Umfang dem Prinzip der Gläubigerautonomie im geltenden Recht gefolgt wird, kann danach ein Blick auf die Bedeutung des Prinzips in der Geschichte des Insolvenzrechts und – um die „Kontrollfunktion“⁹ der Auslandsrechte zu nutzen – in ausländischen Rechtsordnungen geworfen werden (IV.). Die indikative Wirkung einer solchen Rundschau kann danach durch die Überprüfung der tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Prinzips gestützt werden (IV. 4.), indem Insolvenzstatistik und Erkenntnisse aus den Auslandsrechten gemeinsam betrachtet werden. Darauf folgend wird eine verfassungsrechtliche Stütze in einem subjektiven Recht auf Gläubigerautonomie gesucht (V.). Den Abschluss bildet eine Überlegung zu einer weiteren Dimension der Gläubigerautonomie, die hier als „Involvierungs-gedanke“ entwickelt wird (VI.).

⁸ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17; BT-Drs. 12/2443, S. 76; BT-Drs. 17/5712, S. 17, 25, 39 und 42; BT-Drs. 18/407, S. 22, 31, 36.

⁹ *Zweigert*, *RabelsZ* 1949/50, 5, 17 f.

A. Autonomie im Recht

Autonomie als Rechtsprinzip ist der Schwierigkeit ausgesetzt, dass die Zweigleisigkeit von moralphilosophischer und juristischer Begriffsbildung und -verwendung zu Unterschieden in der Wahrnehmung ein und desselben Terminus geführt hat.¹⁰ Das belebt zwar den Diskurs, führt aber gleichzeitig dazu, dass weder der allgemeine Begriff der Autonomie noch der spezielle der Gläubigerautonomie ohne nähere Auslegung als Zielbestimmung von Gesetzgebung oder als Maßstab normativer Analyse herangezogen werden können. Die Verurteilung von Gläubigerautonomie als „Schlagwort“¹¹ oder „Floskel“¹² ist angesichts der inflationären Verwendung des Begriffes nachvollziehbar, wird aber der tatsächlichen wirtschaftlichen und gesetzgeberischen Bedeutung der sich dahinter verborgenden Idee nicht gerecht. Diese Idee ist abhängig von der Einordnung des Autonomiebegriffes: Die grammatische Auslegung von Autonomie im Sinne einfacher Eigengesetzlichkeit¹³ kann keine Diskussionsgrundlage bieten, wenn diese Eigengesetzlichkeit ihrerseits als Zielbestimmung für Rechtssetzung ausgegeben wird. Andernfalls kann der Eindruck entstehen, Ziel des Gesetzgebers sei gerade, kein Gesetz zu erlassen. Daher muss die Leistungsfähigkeit des Begriffs der Autonomie im Recht vermessen werden, bevor Autonomie zum rechtlichen Prinzip erhoben werden kann. Die Begriffsbestimmung der Autonomie im moralphilosophischen Sinne ist nicht auch gleichzeitig eine Bestimmung der Autonomie im rechtlichen Sinne oder gar der Gläubigerautonomie. Es liegt vielmehr nahe, die hergebrachte Trennung von Moralität und Legalität, von juridischem und ethischem Imperativ, auch auf das Autonomieverständnis zu übertragen.¹⁴

Es hat sich gezeigt, dass Autonomie im Recht zu einer begrifflichen Variablen für die Beschreibung eigenständigen und insbesondere nicht staatsgelenkten Handelns einzelner Rechtssubjekte geworden ist.¹⁵ Bemerkenswert ist dabei die terminologische Interferenz zwischen Moralphilosophie und Recht,¹⁶ die aber zwei streng zu unterscheidende Autonomiebedeutungen geprägt haben. Hier soll eine Differenzierung gestrafft vorgestellt werden, anhand derer Gläubigerautonomie als mögliche Zielbestimmung der Gesetzgebung beurteilt werden kann.

¹⁰ Zuletzt zu Autonomie im Recht erschienen: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, Tübingen, 2017; um Klärung auf Basis der kantischen Moralphilosophie bemüht sich monographisch: *Kalscheuer*, *Autonomie*, Berlin, 2014, passim.

¹¹ *Jelinek*, in: *Leipold* (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 22.

¹² *Kübler*, in: *Kübler* (Hrsg.), *Neuordnung des Insolvenzrechts*, S. 63.

¹³ Aus dem Altgriechischen: *αὐτονομία* (Autonomie, Unabhängigkeit, Freiheit); Kompositum aus *αὐτός* (selbst) und *νόμος* (Sitte, Gesetz, Regel).

¹⁴ Anschaulich zur Trennung von juridischem und ethischem Imperativ: *Geismann*, 14 *Jahrbuch für Recht und Ethik* 3 (2006), passim, insb. 72 ff.

¹⁵ *Creifelds/Weber/Cassardt*, *Rechtswörterbuch*, Stichwort „Autonomie“.

¹⁶ Zuletzt etwa bei: *Bumke*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, S. 3 ff.

I. Moralphilosophischer Autonomiebegriff

Autonomie ist ein originär philosophischer Begriff. Es ist zwar keine Besonderheit des deutschen Sprachgebrauchs, dass dieses Wort in allen möglichen Lebensbereichen unbekümmert verwandt wird; in der englischen Literatur aber ist Autonomie enger mit dem philosophischen Kontext verknüpft. Ein Phänomen, das man *creditors' autonomy* nennen würde, findet sich weder in US-amerikanischem noch in englischem Schrifttum,¹⁷ wenngleich die im Begriff verankerte Idee diesen Rechtsordnungen keinesfalls fremd ist.

Auch gibt es inhaltlich kein einheitliches philosophisches Verständnis von Autonomie, auf dem eine Kategorisierung aufbauen könnte.¹⁸ Um einen kleinsten gemeinsamen Nenner moralphilosophischer Anschauung zu nennen, kann Autonomie als die Fähigkeit zu Selbsteigentum und zu einer Lebensführung gemäß eigener Vernunft und Motive bezeichnet werden, die nicht Produkt verzerrender oder manipulativer externer Kräfte sind.¹⁹ Die Lebensführung nach eigener Vernunft ist auch tragende Säule des moralischen Autonomiebegriffes nach *Kant*. Nahezu alle modernen Konzepte von Autonomie gründen auf der kantischen Moralphilosophie.²⁰ Es ist daher sinnvoll, diesen kantischen Autonomiebegriff als Archetyp zu begreifen und als Vergleichsgröße zur rechtlichen Autonomie zu nutzen.

Der Mensch als Vernunftwesen gibt sich die Gesetze selbst, nach denen sich seine Handlungen ausrichten, und ist dadurch autonom.²¹ Die Vernunft ist hierbei die Fähigkeit, sich selbst und dem eigenen Handeln einen Zweck zu setzen und diesen stetig zu reflektieren.²² Doch muss noch ein weiterer, einschränkender Aspekt bei der Erfassung von Autonomie berücksichtigt werden, der sich nur erschließt, wenn man

¹⁷ Der Begriff taucht in englischsprachiger Literatur aus Canada auf, vgl. *Carignan*, 17 Am. J. Comp. L. 24 (1969), oder wird von deutschen Autoren verwandt, so etwa bei *Bork*, *Rescuing companies*, 9.12 f.

¹⁸ Vgl. *Hill*, 18 J. Value Inquiry 251 (1984), 254.

¹⁹ *Christman*, John, in: Zalta (Hrsg.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, „Autonomy in Moral and Political Philosophy“, abrufbar unter: <https://goo.gl/UJ8DFQ>, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

²⁰ Vgl. *Hill*, 18 J. Value Inquiry 251 (1984), 255; ein weit rezipierter Autonomieentwurf stammt auch von *John Stuart Mill*, der ein Handeln nach eigenen Werten, Verlangen und Neigungen unter bestimmten Umständen als autonom betrachtet, *Mill*, *On Liberty*, London, 1859. Fortentwickelt wurde dies etwa von *Harry Frankfurt* oder *Ronald Dworkin* in ihren jeweils hierarchischen Autonomiekonzepten, zu letzteren vgl. *Nordström*, *Autonomie*, S. 317. Doch basiert auch *Mills* Entwurf ideengeschichtlich auf dem kantischen Autonomiebegriff. Zur Rechtslehre in der Kant-Forschung allgemein: *Buttermann*, *Fiktion eines Faktums*, S. 35 ff.

²¹ *Kant*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 4, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 447 Z. 31; hier besteht eine direkte Korrelation zwischen *Gesetz* und Autonomie. Wäre allein von der Setzung eigener *Regeln* die Rede, könnte sich darin nicht zwangsläufig Autonomie verwirklichen, da diese intersubjektiver Normativität bedarf.

²² Vgl. *Kant*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 4, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 426 Z. 22 ff.

den Menschen als ein in eine Gesellschaft eingebettetes Wesen erkennt.²³ Die Intersubjektivität in dieser Einbettung bedeutet, dass die selbst gegebenen Regeln keine partikularen Zwecke des handelnden Subjekts verfolgen dürfen, da sie ansonsten andere Subjekte einem ihnen fremden Willen unterwürfen. Das andere Subjekt würde seiner eigenen Subjektivität beraubt und zum Objekt der Sphäre des „regelsetzenden“ Subjekts.²⁴ Die Achtung der Subjektivität anderer Subjekte erwächst aus der Erkenntnis des Einzelnen, er selbst sei durch seine Fähigkeit zur Zwecksetzung und Reflektion „Zweck an sich selbst“²⁵. Dieser Status muss notwendigerweise gleichfalls jedem anderen Subjekt zugesprochen werden, da ansonsten auch die eigene Subjektivität infrage gestellt werden würde. Ob das eigene Handeln diesem Merkmal genügt und die Interdependenz der Subjekte nicht von einer Zwecksetzung in eine bloße Mittelverwendung umschlägt, lässt sich anhand des Gesetzes des Kategorischen Imperativs überprüfen. Der Kategorische (unbedingte) Imperativ, der Kern des kantischen Autonomiebegriffs, steht im Gegensatz zum Hypothetischen (dem durch das einzelne Subjekt bedingten) Imperativ als Heteronomie durch partikulare Zwecksetzung. Moralisch, und damit autonom, ist eine Handlung demnach dann, wenn sie zur Maxime verdichtet einer widerspruchsfreien Verallgemeinerbarkeit auf die Handlungen aller Subjekte zugänglich ist.²⁶ Erst dadurch kann eine Regel zum Gesetz werden.

²³ Kant setzt dies als gegeben voraus, erwähnt es allerdings auch ausdrücklich in den Metaphysischen Anfangsgründen der Tugendlehre: „Der Mensch ist ein für die Gesellschaft bestimmtes (obzwar doch auch ungeselliges) Wesen, und in der Cultur des gesellschaftlichen Zustandes fühlt er mächtig das Bedürfnis sich Anderen zu eröffnen [...]“, vgl. Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, S. 470 Z. 30 ff.; Gleiches setzt auch Savigny voraus, indem er sagt: „Der Mensch steht inmitten der äußeren Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung.“, vgl. Savigny, System I, S. 331; siehe auch Geismann, 14 Jahrbuch für Recht und Ethik 3 (2006) f.

²⁴ Vgl. Rothhaar, Menschenwürde als Prinzip des Rechts, S. 164; hier zeigt sich die enge Verknüpfung des Autonomiebegriffes mit dem der Menschenwürde. Die später von Günter Dürig zur Objektformel (siehe: Dürig, AöR 1956, 117) verdichtete Notwendigkeit der Subjektivität des Menschen hat ihre Wurzeln in dieser kantischen Anschauung von Autonomie, vgl. Augsburg, JZ 2013, 533, 534.

²⁵ Vgl. Rothhaar, Menschenwürde als Prinzip des Rechts, S. 174; Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 428 Z. 7–11, 34 ff.

²⁶ „Das Princip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen als so, daß die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seien.“, vgl. Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 440 Z. 18 ff.; der darin enthaltene Kategorische Imperativ wird schon geprägt bei S. 421 Z. 6–8. Die Konvergenz von „moralneutraler“ und moralischer Autonomie wird teilweise heftig kritisiert. So wendet Prauss ein, der Kategorische Imperativ laufe auf einen Zirkelschluss hinaus, wenn er nämlich das Subjekt deswegen moralisch verpflichte, weil auch jedes andere moralisch verpflichtet sei, Prauss, Kant über Freiheit, S. 142. Diese Kritik basiert wohl auf der Aussage Kants: „Nun ist Moralität die Bedingung, unter der allein ein vernünftiges Wesen Zweck an sich selbst sein kann, weil nur durch sie es möglich ist, ein gesetzgebend Glied im Reiche der Zwecke zu sein“, Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 435 Z. 5 ff. Hier kann aber auf die Ausführungen verwiesen werden, nach denen die Ver-

Notwendige Bedingung der Autonomie ist die Freiheit des Subjekts. Sie zeichnet sich durch Unabhängigkeit „von den bestimmenden Ursachen der Sinnenwelt“²⁷ aus. Die beiden Begriffe Freiheit und Autonomie sind somit nicht gleichbedeutend: Autonomie ist die moralische, also die intersubjektiv verträgliche, Betätigung der Freiheit.²⁸ Autonomie wird damit zur „moralische[n] Nöthigung“²⁹ durch die Vernunft³⁰.

In rechtlichen Dimensionen betrifft dieses Bild von Autonomie als intrinsische Motivationsfreiheit das *innere* Moment einer rechtlich effektiven Entscheidung.³¹ Das Gegenstück ist die *äußere* Autonomie als Unabhängigkeit vom Willen anderer: die Unabhängigkeit von Zwang. Dieser Zwang kann in Zuweisung oder Verweigerung rechtlichen Gestaltungsspielraums liegen. Äußere Autonomie kann dabei durchaus mit innerer Heteronomie in Einklang stehen.³² Nur die äußere Autonomie ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung: Gläubigerautonomie als normative Zielbestimmung kann nur extrinsische Motivationsmomente erfassen. Intrinsische Motivation kann gerade nicht Gegenstand äußerer Einflussnahme sein.

Äußere Autonomie setzt aus rechtswissenschaftlicher Sicht zwingend ein normatives Gerüst voraus, das die Autonomie erst erschafft und definiert.³³ Dahinter steckt der Gedanke, dass die uneingeschränkte Betätigung eigener Maxime zwangsläufig die Betätigung fremder Maxime einschränkt oder unmöglich macht.

nunftbegabung zur Anerkennung eigener und damit auch zwangsläufig fremder Subjektivität führt und Handeln nach diesem Grundsatz auch moralisch ist. (Eigene) Moralität (gegenüber anderen) ist damit zwar die Bedingung dafür, Zweck-an-sich zu *sein*, aber nicht dafür, sich selbst als Zweck-an-sich zu *erkennen*. Das kann nur die Vernunftbegabung leisten. Weil aber Sein und Erkennen im Menschen wiederum notwendig miteinander verknüpft sind, ist auch Moralität mit Vernunft notwendig miteinander verknüpft.

²⁷ Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 452 Z. 35 ff.

²⁸ „Mit der Idee der Freiheit ist nun der Begriff der Autonomie unzertrennlich verbunden, mit diesem aber das allgemeine Princip der Sittlichkeit, welches in der Idee allen Handlungen vernünftiger Wesen eben so zum Grunde liegt, als das Naturgesetz allen Erscheinungen.“, Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 452 Z. 35 ff.

²⁹ Kant, Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 439 Z. 31.

³⁰ Siehe oben bei Fn. 22.

³¹ Scherhorn, in: Ingensiep (Hrsg.), Philosophie der natürlichen Mitwelt, S. 35 ff.

³² Scherhorn, in: Ingensiep/Eusterschulte (Hrsg.), Philosophie der natürlichen Mitwelt, S. 36; Bumke lässt neben diese beiden Kategorien die „lebensweltliche Autonomie“ treten, die einen Raum aus Rechtsgütern, Rechtsansprüchen, Freiheiten und Kompetenzen darstellen soll, in dem ein selbstbestimmtes Leben geführt werden kann, siehe Bumke, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, S. 9 f. Diese zusätzliche Kategorie erscheint nicht notwendig und auch keine Erleichterung für den Umgang mit dem Autonomiebegriff im Recht. Die Forschungen zu Recht und Moralphilosophie haben sich derart voneinander getrennt, dass auch begrifflich unterschieden werden muss.

³³ So auch Kulkin, 9 N.Y.U.J.L. & Liberty 375 (2015), 458.

So ist beispielsweise nach herrschender Ansicht die eigene Beschränkung für die Privatautonomie konstitutiv.³⁴

Das lässt den Schluss zu, dass der Bedarf einer solchen – wie bei der Privatautonomie konstatierten – systemimmanenten Beschränkung bei geringerer Interaktion der Betroffenen nachlässt, sodass schließlich bei individueller Betrachtung des Subjekts absolute Autonomie als das Optimum formaler Handlungsfreiheit denkbar ist. Die in dieser Idee notwendige individuelle Betrachtung schließt aber gleichzeitig aus, dass der absolute Autonomiebegriff ein Konzept menschlichen Verhaltens sein kann, denn: der Mensch ist kein Einzelgänger.³⁵

Im Ergebnis ist der moralische Autonomiebegriff damit weitaus komplexer, als es der Sprachgebrauch vermuten lässt. Das Tor zur rechtlichen Autonomie öffnet sich in der äußeren Autonomie des Subjekts. Sie wird zu einem gewichtigen Teil durch die Rechtsordnung bestimmt, in dem sich der Einzelne aufhält.

II. Rechtlicher Autonomiebegriff

Angesichts der vorangegangenen Ausführungen zur moralphilosophischen Autonomie fällt auf, dass in der Rechtspraxis wesentlich unbefangener mit dem Begriff umgegangen wird: „Autonomie“ gilt als gleichbedeutend mit „Selbstbestimmung“. Von einer „moralische[n] Nöthigung“³⁶ durch die Vernunft ist hier keine Rede. Das führt aber nicht dazu, dass der moralphilosophische Ansatz ohne Relevanz für das Recht ist, sondern nur dazu, dass ein Schluss von der einen auf die andere Anschauung verfehlt wäre.³⁷ Damit einher geht, dass auch die Begriffe aus der Moralphilosophie im rechtlichen Kontext nicht oder nur sehr vorsichtig verwendet werden dürfen. Wenn auch bei rechtlicher Autonomie von einer inneren, äußeren oder zusätzlich sogar von einer lebensweltlichen Sphäre³⁸ gesprochen wird, werden moralphilosophische und rechtliche Ebene zu einem undurchschaubaren Gemenge.

Ein Beispiel der Moralüberprüfung anhand des kategorischen Imperativs kann die notwendige Unterscheidung zwischen rechtlicher und moralphilosophischer Autonomie verdeutlichen.³⁹ Voraussetzung dieses Beispiels ist, dass es in der moralphi-

³⁴ Als „systemimmanent“ bezeichnet bei *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1, 2; Schutz vor negativen Auswirkungen privater Rechtsakte notwendig: *Arnould*, in: *Bumke/Röthel/Zimmermann* (Hrsg.), *Privates Recht*, S. 25.

³⁵ Hinzu kommt, dass die menschliche Fähigkeit zu Rationalität unterschiedliche Ausprägungen haben kann und deswegen uneingeschränkte Autonomie schon wegen eines „Kräfteungleichgewichts“ der Subjekte ausscheiden muss. Zur unterschiedlichen Rationalität *Hill*, in: *Sensen* (Hrsg.), *Kant on moral autonomy*, S. 25 Fn. 15.

³⁶ Vgl. Fn. 29.

³⁷ So auch *Hill*, in: *Sensen* (Hrsg.), *Kant on moral autonomy*, S. 17.

³⁸ *Bumke*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, S. 10.

³⁹ Dieses Beispiel liegt parallel zu Kants Selbstmordthese. Siehe dazu *Kant*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 4, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S. 421 Z. 24 ff.

losophischen Perspektive gerade keine Rechtsordnung gibt, die eine Wertung der vollzogenen Handlungen eines Subjekts vornimmt: Wenn jemand, der stiehlt, um Eigentum an der Sache zu erlangen, sein Verhalten zur Maxime erhöhe, würde er sich mit dem Widerspruch konfrontiert sehen, dass es gerade dem Wesen des Eigentums widerspricht, wenn sich ein Nichteigentümer mit Eigenmacht und ohne Einverständnis des Eigentümers einer Sache bemächtigt.⁴⁰ Damit ist die Maxime „ich stehle, um Eigentum zu erlangen“ nicht einer Verallgemeinerbarkeit zugänglich. Sie ist somit unmoralisch und daher auch nicht von der Autonomie des Subjekts umfasst.

Die praktische Funktionsfähigkeit dieses individuellen Bewertungsmechanismus wird durch zahlreiche äußere, sog. extrinsische, Motivationsmomente des Subjekts vereitelt. Um den Mitgliedern einer Gesellschaft dennoch (Rechts-)Sicherheit gewährleisten zu können, wird durch eine Rechtsordnung die Verallgemeinerbarkeit bestimmter individueller Handlungsmaxime antizipiert und dabei werden gewisse Handlungen geboten und andere verboten oder dem Adressaten zur Disposition gestellt.⁴¹

Der moralische Autonomiebegriff wird somit durch die Rechtsordnung abgebildet. Moralphilosophische Autonomie wird dadurch nicht mehr originär beschrieben, sondern es handelt sich um einen Abguss, innerhalb dessen menschliches Handeln legal ist und der das Recht von der Moral trennt.⁴² Es gilt dann in dieser Blaupause nicht mehr die Unterscheidung zwischen Moral und Unmoral, sondern die Unterscheidung zwischen Legalität und Illegalität. *Savigny* beschreibt diese Trennung zwischen Legalität und Moralität mit einer dienenden Funktion des Rechts.

„Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freie Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen inwohnenden, Kraft sichert. Sein Dasein aber ist ein selbstständiges, und darum ist es kein Widerspruch, wenn im einzelnen Fall die Möglichkeit unsittlicher Ausübung eines wirklich vorhandenen Rechts behauptet wird.“⁴³

⁴⁰ *Hill*, in: *Sensen* (Hrsg.), *Kant on moral autonomy*, S. 16, nennt die Gegenbeispiele, dass die Aussagen „Dreiecke haben drei Seiten“ und „tödliche Gifte können tödlich sein“ nicht widerlegt werden können, weil ihre Leugnung selbstwidersprüchlich wäre.

⁴¹ *Kulkin* sieht diese Rechtssetzung als Auferlegung von Handlungsmaximen durch den Staat, um kollidierende Maxime einzelner Individuen – die jeweils dem Kategorischen Imperativ entsprechen sollen – zu einem Ausgleich zu führen, *Kulkin*, 9 N.Y.U.J.L. & Liberty 375 (2015), 382. Das ist deswegen schwer nachvollziehbar, da in dem hypothetischen Fall einer globalen Einhaltung des Kategorischen Imperativs gerade keine Kollisionen denkbar sind. *Kulkin* rechnet hier extrinsische Motivationsmomente direkt in das individuelle Verhaltensmuster der Subjekte ein.

⁴² Der Diebstahlsvergleich von Moralphilosophie und Recht kann auch mit dem kantischen Beispiel des Selbstmords vorgenommen werden. So ist dem Einzelnen im Strafrecht die Autonomie zur Selbsttötung durch die Formulierung des § 212 BGB eingeräumt. Dass dadurch der moralphilosophische Gehalt des Menschseins missachtet wird, spielt für den rechtlichen Autonomiebegriff keine Rolle. Es geht auch hier nur um Legalität und Illegalität der konkreten Zwecksetzung und -verfolgung.

⁴³ *Savigny*, System I, S. 332.

Savigny verdeutlicht dabei die Entflechtung von juridischem und ethischem Imperativ⁴⁴. Dass sich diese Trennung auch auf den Autonomiebegriff durchschlägt und die beiden Ebenen der Autonomie nicht deckungsgleich sein können, belegt auch die Existenz des Prinzips der Privatautonomie und ihre Begrenzung. Erreicht die Typologie moralphilosophisch autonomen Verhaltens die Abbildbarkeitsschwelle positiven Rechts, muss der Gesetzgeber eine rechtliche Handlungsfreiheit einräumen, die beispielsweise einen wesentlichen Teil der Privatautonomie ausmacht und die durch eine nicht positivierte und dadurch adaptive Ordnung begrenzt werden muss. Dies geschieht beispielsweise durch „die guten Sitten“, § 138 BGB⁴⁵, oder die Generalklausel von Treu und Glauben, § 242 BGB⁴⁶. Diese Ordnung kann oftmals dort Eliminationswirkung entfalten, wo das einzelne Rechtsgeschäft nicht mehr von der rechtlichen Autonomie umfasst sein kann, weil es jedenfalls nicht mehr moralisch im moralphilosophischen Autonomieverständnis ist.

Die Ausübung von Autonomie im Recht ist damit Zwecksetzung und -verfolgung in einem rechtlichen Zuweisungsrahmen individueller Handlungsfreiheit. Eine weitere Verdichtung der Definition erscheint wegen der unterschiedlichen Erscheinungsformen von Autonomie im Recht nicht möglich.⁴⁷ Insbesondere lässt sich Autonomie nicht durch den Bereich beschreiben, den der Staat nichtstaatlichen Stellen zur Selbstregelung eigener Angelegenheiten belässt.⁴⁸ Schon die zweifelsfrei als rechtliche Autonomie aufzufassende Unabhängigkeit der EU-Mitgliedstaaten in der Wirtschaftspolitik, Art. 5 AEUV,⁴⁹ oder die parlamentarische Autonomie nach Art. 40 GG⁵⁰ kollidieren mit diesem Ansatz.⁵¹

Vereinzelte wird in der Literatur geäußert, Autonomie schaffe ein dem *status negativus* ähnliches Verhältnis zwischen Individuum und Staat.⁵² Tatsächlich gründet die Begriffsbestimmung zur rechtlichen Autonomie auf den gleichen Überlegungen wie die Statuslehre *Jellineks*. So verinnerlicht sein Gedanke, dass ein subjektives Recht die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht darstellt,⁵³ das soeben dargestellte

⁴⁴ *Geismann*, 14 Jahrbuch für Recht und Ethik 3 (2006) ff.

⁴⁵ Vgl. *Armbrüster*, in: MüKo BGB, § 138 Rn. 1.

⁴⁶ Vgl. *Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 Rn. 497 ff.

⁴⁷ Beispielhaft: Privatautonomie, Tarifautonomie, Betriebsautonomie, Satzungsautonomie.

⁴⁸ So aber: *Waltermann*, Betriebsvereinbarung, S. 56.

⁴⁹ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Recht der EU, Art. 1 AEUV Rn. 60 ff.

⁵⁰ *Klein*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 40 Rn. 2 ff.

⁵¹ Auch das Einwilligungserfordernis der Erziehungsberechtigten bei Geschäften beschränkter Geschäftsfähiger ist ein geeignetes Beispiel, um zu illustrieren, dass das Gegenteil von Autonomie (etwa des Kindes) im Rechtsgeschäft nicht Heteronomie durch Staatshandeln, sondern durch Handeln des Erziehungsberechtigten ist. Auch dessen Handeln wäre nicht autonom im Sinne *Waltermanns*, da es sich nicht um „eigene Angelegenheiten“ handelt.

⁵² *Schnorr*, JR 1966, 327, 328; *Bogs*, RdA 1956, 1; *Waltermann*, Betriebsvereinbarung, S. 56.

⁵³ *Jellinek*, System, S. 44.

Prinzip der Autonomie im Recht. Dennoch beschreiben die beiden Begriffe kein vergleichbares Verhältnis. Der *status negativus* ist dadurch geschützt, dass den Staatsbehörden jede Auferlegung eines nicht gesetzlich begründeten Befehles oder Zwanges verboten ist.⁵⁴ Er stellt damit die Opposition zwischen Individuum und Staat dar. Rechtliche Autonomie hingegen ist ein Zustand, den der *status negativus* bedingt und fördert, während jener seinerseits kein subjektives Recht begründet.

Möchte man Autonomie als Zielbestimmung der Legislative ausgeben, ist nach diesen Ausführungen zu beachten, dass sich nur moralphilosophische Autonomie „verwirklichen“ lässt. Nur sie ist eine feste Größe⁵⁵ und kann daher durch Normen bis zu dem Maße gewährleistet werden, bei dem sonstige extrinsische Motivationsmomente originär autonomes – und damit allgemein moralisches – Handeln unmöglich oder zumindest unwahrscheinlich machen.

Rechtliche Autonomie hingegen muss eingeräumt werden.⁵⁶ Sie ist eine variable Größe. Spricht man von „Gläubigerautonomie“, kann daher kein absolutes Prinzip gemeint sein, sondern nur die Idee einer einzuräumenden Freiheit der Zwecksetzung und -verfolgung in einer gesetzgeberischen Gewährleistungsdimension.⁵⁷ Es ist somit ungenau, wenn man feststellt, Autonomie setze begrifflich Raum voraus, um sich entfalten zu können. Wo sie sich artikuliere, müsse ihr um ihrer selbst als grundlegendem Prinzip willen Vorrang eingeräumt werden.⁵⁸ Autonomie im Recht ist gerade der Raum, der dem Einzelnen eröffnet wird. Und sobald sie sich artikuliert, hat sie bereits durch gesetzgeberische Entscheidung Vorrang eingeräumt bekommen. Eine weiche rechtliche Autonomie, der einzelfallabhängig Vor- oder Nachrang zukommt, gibt es nicht.

An dieser Beobachtung verdeutlicht sich erneut der Unterschied zum *status negativus*: Dadurch, dass rechtliche Autonomie keine feste Größe darstellt, kann sie auch keine Rechtsposition gegenüber staatlichem Zwang bedeuten. Andersherum räumen subjektive Rechte, die der Anspruchshaltung des *status negativus* entsprechen, den adressierten Individuen rechtliche Autonomie ein.

Bei dieser Einordnung wird die individuelle Willensfreiheit des handelnden Subjekts weitgehend außer Acht gelassen. Diese Freiheit, allein nach authentischen Präferenzen – intrinsischen Motivationsmomenten – zu handeln, ist Teil innerer

⁵⁴ Jellinek, System, S. 105.

⁵⁵ Hill resümiert: „Inclinations may vary from person to person and time to time, but the fundamental laws of a will with autonomy must be the same for all, [...]“, Hill, in: Sensen (Hrsg.), Kant on moral autonomy, S. 20.

⁵⁶ I. E. ebenso Kulkun, 9 N.Y.U.J.L. & Liberty 375 (2015), 458: „Autonomy is not a pre-established condition or quality that is protected by the law and other norms. Autonomy is created, given meaning and definition, by them.“

⁵⁷ In diesem Sinne bezeichnet Epping Autonomie als Gewährleistung von Freiheit im Rechtsleben, siehe: Epping, Grundrechte, Rn. 435.

⁵⁸ So Haarmeyer/Horstkotte, ZInsO 2012, 1441, 1444.

Autonomie.⁵⁹ Einige Normen, wie etwa die Vorschriften zur Geschäftsfähigkeit oder zur Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes bei Täuschung oder Drohung, dienen der Gewährleistung innerer Autonomie bei der Ausübung gesetzten Rechts.⁶⁰ Das bedeutet allerdings auch, dass das Erfordernis einer bestimmten geistigen Entwicklung oder der Ausschluss bestimmter extrinsischer Motivationsmomente für eine rechtlich wirksame Handlung nicht zur Sicherstellung innerer Autonomie, sondern zur Definition äußerer, rechtlicher Autonomie in Anknüpfung an den inneren Status des Subjekts bestimmt ist: das Recht räumt demjenigen keine Freiheit zur Zweckverfolgung ein, dessen Zwecksetzung nicht auf einem Mindestmaß innerer Autonomie beruht. Hier wird deutlich, dass rechtliche und innere Autonomie dabei kein diametrales Begriffspaar bilden können. Rechtliche Autonomie ist vielmehr ein Bestandteil äußerer Autonomie, die wiederum eine grundsätzliche Freiheit von extrinsischen Motivationsmomenten bedeutet und damit über jede durch ein Normengefüge gewährleistete Freiheit und über jede rechtliche Autonomie hinausgeht.

Autonomie im Recht ist damit ein rechtlicher Zuweisungsrahmen individueller Handlungsfreiheit. Sie hat einen festen, gesetzlich vorgegebenen Umfang und ist dabei zwar unabhängig von den ethischen Imperativen des moralphilosophischen Autonomiebegriffs, wird aber in ihrer Entstehung von ihnen geprägt.

B. Allgemeine Gläubigerautonomie

Im zweiten Schritt wird nun die Gläubigerautonomie in dem errichteten Gerüst rechtlicher Autonomie eingeordnet. Gläubiger ist, wer gegen den Schuldner einen Anspruch hat und damit von ihm ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen kann.⁶¹ Das Prinzip der Autonomie dieser Gläubiger gilt als prägend für das deutsche Insolvenzrecht.⁶² Die Insolvenzordnung baue auf der Vorstellung auf, dass die betroffenen Gläubiger autonom über den Gang des Verfahrens entscheiden.⁶³ Autonomie räumt der Gesetzgeber den Gläubigern aber auch schon vor der materiellen

⁵⁹ *Scherhorn*, in: Ingensiep/Eusterschulte (Hrsg.), *Philosophie der natürlichen Mitwelt*, S. 35 f.

⁶⁰ „Liegt innere Autonomie gemäß den Anforderungen der Rechtsordnung vor, werden Rechtsakt oder Verhalten der autonomen Person zugerechnet.“, *Bumke*, in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, S. 31.

⁶¹ *Wegener*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 13 Rn. 18; *Schmahl/Vuia*, in: *MüKo InsO*, § 13 Rn. 25 ff.; *Gundlach*, in: *K. Schmidt InsO*, § 13 Rn. 27.

⁶² *Kübler*, in: *Kübler* (Hrsg.), *Neuordnung des Insolvenzrechts*, S. 62; *Hegmanns*, *Gläubigerausschuss*, S. 4 ff.; *Marotzke*, *ZInsO* 2003, 726, 726; *Neumann*, *Gläubigerautonomie*, S. 14; das Verfahren werde „beherrscht“: *Pape*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 1 Rn. 3; *Henckel*, *KTS* 1989, 477 f.; *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, *Handbuch RPrax Insolvenzrecht*, Rn. 25; das Insolvenzverfahren sei der Gläubigerautonomie verpflichtet: *Gundlach/Frenzel/Jahn*, *DZWIR* 2008, 441; Die Freiheit von Bevormundung durch die Gerichte wohl erstmals als „Prinzip“ bezeichnend: *Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung*, Bd. II, S. 19.

⁶³ *Zimmermann*, *ZInsO* 2012, 245; *Neumann*, *Gläubigerautonomie*, S. 11 ff.

Insolvenz des Schuldners ein. Gesetzesmaterialien beanspruchen dabei den Begriff der Gläubigerautonomie ohne eine nähere Bestimmung, anhand derer sich zum einen die Berechtigung der Gläubiger, zum anderen aber auch die Leistungsfähigkeit des Insolvenzrechts messen lassen könnte.⁶⁴ In der Literatur findet sich teilweise die phänomenologische Begriffserklärung, die als maßgeblich erachteten Entscheidungen würden in der Gläubigerautonomie nicht von staatlicher Seite, sondern durch die betroffenen Gläubiger gefällt.⁶⁵ Oder aber Gläubigerautonomie beinhalte das Recht der betroffenen Gläubiger, nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen das Verfahren mitzugestalten.⁶⁶ Immer wieder werden zirkuläre Begriffserklärungen mittels verwandter oder ähnlicher Begriffe bemüht, deren Verhältnis zur Gläubigerautonomie hier dargestellt werden soll. Abschließend kann auf der Grundlage der Abgrenzungen ein geschärftes Verständnis von Gläubigerautonomie entwickelt werden.

I. Privatautonomie

Es liegt nahe, Gläubigerautonomie und Privatautonomie in einem Atemzug zu nennen, denn zum einen überschneiden sich ihre Adressatenkreise, zum anderen ergänzen sich die beiden Prinzipien funktional. So fasst *Hänel* zusammen, Gläubigerautonomie sei kollektive Privatautonomie einer zu einer rechtlichen Einheit zusammengeschlossenen Gruppe.⁶⁷ *de Bruyn* führt aus, nach dem Prinzip der Gläubigerautonomie obliege die Haftungsverwirklichung der privatautonomen Disposition der Gläubiger.⁶⁸ Genau das ist jedoch die Frage: ist Gläubigerautonomie auch Privatautonomie?

Privatautonomie ist ein Prinzip der *Regelsetzung*.⁶⁹ Sie garantiert die Freiheit des Einzelnen zur Regelung seiner Rechtsbeziehungen.⁷⁰ Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind,

⁶⁴ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17; BT-Drs. 12/2443, S. 76; BT-Drs. 17/5712, S. 17, 25, 39 und 42; BT-Drs. 18/407, S. 22, 31, 36.

⁶⁵ *Neumann*, Gläubigerautonomie, S. 11.

⁶⁶ *Marotzke*, ZInsO 2003, 726, 726.

⁶⁷ *Hänel*, Gläubigerautonomie, S. 34, 56.

⁶⁸ *Bruyn*, Gläubigerausschuss, S. 8 Rn. 12 mit Verweis auf *Marotzke*, in: FS Kirchhof, S. 322, der aber privatautonomes Handeln nicht erwähnt: „Der Begriff [der Gläubigerautonomie] bezeichnet das Recht der vom Insolvenzverfahren betroffenen Gläubiger, nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen den Gang des Verfahrens mit zu gestalten.“

⁶⁹ So auch *Manigk*, Verhalten, S. 183; zustimmend *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 114.

⁷⁰ BVerfG im Beschluss v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242–263, 254; *Di Fabio*, in: Manz/Dürig GG, Art. 2 Rn. 107; *Schubert*, in: MüKo BGB, § 242 Rn. 497; *Flume*, AT, S. 1.

und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang.⁷¹ Die Gläubiger hingegen sind bereits einer bestimmten und oft privatautonom gesetzten Regel unterworfen. Ihnen geht es um die Verwirklichung dieser Regel. Daher ist die Zwecksetzung und -verfolgung in der Gläubigerautonomie eine Interessenwahrnehmung zur Haftungsverwirklichung und die Gläubigerautonomie selbst somit ein Prinzip der *Regeldurchsetzung*. Dass durch privatautonome Vereinbarung eine Forderung aufgehoben, übertragen oder in ihrem Inhalt verändert werden kann, führt nicht zur Durchsetzung einer Regel, sondern zu einer Neusetzung durch Haftungsanpassung oder zum gänzlichen Fortfall der Haftung. In diesen Fällen wird die Privatautonomie zu einem bloßen Mittel im gläubigerautonomien Entschließungs- und Auswahlmessen über die Haftungsverwirklichung. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, die Unterscheidung zwischen Privat- und Gläubigerautonomie entspreche dem Dualismus aus materiellem und formellem Recht. Verfahrensvorschriften können ebenso ein Produkt privater Regelsetzung sein. Umgekehrt können die Verbindlichkeiten auf öffentlich-rechtlichen Verhältnissen beruhen. Dabei ist Gläubigerautonomie ein Bestandteil der Pflichterfüllung des Staates, privat gesetzten Imperativen Verbindlichkeit zu verleihen und so eine private Ordnung überhaupt zu ermöglichen.⁷² Die Anwendung staatlicher – gerade nicht privatautonom bestimmter – Durchsetzungsmechanismen und die Frage, ob *überhaupt* durchgesetzt wird, fallen in die Sphäre der Gläubigerautonomie. Somit beschreibt sie kein Prinzip, wonach die Haftungsverwirklichung der privatautonomien Disposition der Gläubiger obliegt. Vielmehr steht sie in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zur Privatautonomie. Sie erleichtert die effektive Durchsetzung privat gesetzter Normen und ist damit Bedingung für die Funktionsfähigkeit eines Systems der privaten Regelsetzung; gleichzeitig umfasst Gläubigerautonomie neben den staatlichen Vollstreckungsmechanismen auch die Möglichkeit der privatautonomien *Regelneusetzung*. Die Privatautonomie ihrerseits ist nicht nur Bedingung für das Insolvenzrecht,⁷³ sondern auch für Gläubigerautonomie innerhalb und außerhalb eines Insolvenzverfahrens.

⁷¹ BVerfG im Beschluss v. 07.02.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242–263, 254.

⁷² Gläubigerautonomie bezeichne eine dem Grundsatz der Privatautonomie Rechnung tragende Abwicklung des Konkursverfahrens, vgl. *Kübler*, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 61; zu der staatlichen Pflicht: *Bachmann*, Private Ordnung, S. 65; *Ritgen*, JZ 2002, 114, 116; *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, S 511 ff. Gläubigerautonomie ist jedoch kein unantastbarer Bestandteil dieser Pflichterfüllung. Siehe dazu die verfassungsrechtliche Begründung von Gläubigerautonomie unten, S. 78 ff.

⁷³ *Weber* stellt überzeugend den Bezug zwischen Privatwirtschaft – und damit privat begründeten Rechtsverhältnissen – und dem Institut des Konkurses her; „Der Konkurs kann als Rechtsinstitution nur in einer Wirtschaftsordnung Bedeutung und eine sinnvolle Funktion haben, welcher das Prinzip einer mehr oder weniger freien Markt- und Wettbewerbswirtschaft zugrunde liegt, in der die Volkswirtschaft die Summe der (vorwiegend) privaten Einzelwirtschaften ist ...“, *Weber*, KTS 1959, 80, 81; im Gleichklang: *Neumann*, Gläubigerautonomie, S. 50.

Die Unterscheidung zwischen einem Prinzip der Regelsetzung und einem der Regeldurchsetzung manifestiert sich auch in ihrer jeweiligen Drittwirkung. Akte der Regelsetzung haben rein rechtliche, solche der Regeldurchsetzung auch eine faktische Wirkung. Diese faktische Wirkung gläubigerautonomer Handlungen begründet das Bedürfnis der Selbstbeschränkung für das Prinzip der Gläubigerautonomie.

Deswegen dürfen die Ebene der Regelsetzung und die der Regeldurchsetzung nicht vermenget werden, indem man feststellt, dass Gläubigerautonomie gerade dort einer Einschränkung bedürfe, wo diese zum Erhalt der Selbstverwaltungsrechte notwendig sei.⁷⁴ Nur bei der Privatautonomie ist die Selbstbeschränkung systemimmanent, denn die Gewährleistung einer schrankenlosen Privatautonomie des einen würde zwangsläufig die Beschränkung der Privatautonomie des anderen bedeuten.⁷⁵ Rechtlich macht es aber für die Gläubigergesamtheit grundsätzlich keinen Unterschied, ob eine individuelle Forderung eines einzelnen Gläubigers befriedigt wird.⁷⁶ Deswegen muss bei der Gläubigerautonomie auf die faktische Drittwirkung abgestellt werden. Faktisch nämlich kann die Befriedigung einer Drittforderung verwehrt sein, wenn sich Haftungsverwirklichung in einer besonders weit gefassten Gläubigerautonomie artikuliert. Das kann sogar dann beobachtet werden, wenn das Haftungssubstrat für die Befriedigung aller Verbindlichkeiten genügen würde, aber die individuelle Befriedigung eine Sachgesamtheit zerstört und der erlittene Wertverlust über den Betrag der befriedigten Forderung hinausgeht. Anschauliches Beispiel ist der Maschinenpark als Sachgesamtheit, dessen Wert in einem *going concern* zwar eine Forderung absichern kann und bei dem eine Einzelzwangsvollstreckung in einen Teil des Parks auch die konkrete Forderung zu befriedigen vermag, durch die Zerstörung der Sachgesamtheit aber der Wertverlust weitaus höher ausfällt, als der Nominalwert der befriedigten Forderung. Diese faktische Drittwirkung ist daher Unterscheidungsmerkmal der Gläubigerautonomie zur Privatautonomie und gleichzeitig der erste Teil der Begründung für ihre Einrahmung im Vollstreckungsverfahren als Einzelzwangsvollstreckung oder Insolvenzverfahren.⁷⁷ Der zweite Teil ist die Berücksichtigung schutzwürdiger Interessen des Schuldners.⁷⁸ Sie haben jedoch auf die Gläubigerposition keine Auswirkungen und sind damit ebenso wenig dogmatische Begründung für eine Selbstbeschränkung der Gläubigerauto-

⁷⁴ So Bruyn, Gläubigerausschuss, S. 10 Rn. 18, der in der Folge jedoch auch unterstreicht, dass die Rechtsausübung dem jeweiligen Träger nicht nur formal, sondern tatsächlich zur Disposition gestellt sein muss.

⁷⁵ Zu diesem „Freiheitsparadoxon“: Wagner-von Papp, AcP 205 (2005), 342, 350 ff.; vgl. auch Paulus/Zenker, JuS 2001, 1, 2.

⁷⁶ Dies gilt freilich nicht, wenn sich die Forderungen decken, wenn also zwei Gläubiger denselben Anspruch haben. Dem schiebt der Gesetzgeber jedoch mit § 275 BGB einen Riegel vor und beschränkt dabei die Privatautonomie. Der Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 BGB ist damit zwar eine Wirkung der Betätigung der Gläubigerautonomie, aber eine gesetzlich vorgeschriebene, sodass sie nicht der Gläubigerautonomie immanent ist.

⁷⁷ Insolvenzspezifische Einschränkungen der Gläubigerautonomie sind etwa auch der Grundsatz der *par conditio creditorum*.

⁷⁸ Vgl. Henckel, in: Gerhard/Henckel/Kilger/Kreft (Hrsg.), FS Merz, S. 199.

nomie wie deren fehlende rechtliche Drittwirkung. Dass es notwendig ist, die Gläubigerautonomie zu beschränken, um ihre Funktionsfähigkeit zu erhalten, ist also nicht systemimmanent, sondern beruht auf der verfassungsrechtlichen Eigentums-garantie der übrigen Gläubiger.⁷⁹

Gläubigerautonomie und Privatautonomie lassen sich somit rechtsdogmatisch unterscheiden. Ein anderes Unterscheidungsmerkmal ist die ökonomische Funktionsweise. Die wichtigste Ausprägung der Privatautonomie ist die Vertragsfreiheit.⁸⁰ Sie gilt – außer bei Verhandlungs- oder Marktversagen⁸¹ – als wohlfahrtsmaximierend durch eine effiziente Realgüterverteilung.⁸² Für die multipolaren Interessen der Gläubiger⁸³ gibt es jedoch keine Marktsituation. Außerhalb der Insolvenz treten die Gläubiger im Idealfall nicht einmal miteinander in Kontakt. In der Insolvenz gibt es zwar Güter, die es zu verteilen gilt. Aber um sie entsteht kein Markt, weil alle Mitglieder der Schicksalsgemeinschaft⁸⁴ der Gläubiger bereits mit einem Anspruch ausgestattet sind. Ein Markt entsteht allerdings um den Ausgleich der Partikularinteressen zur Entscheidungsfindung in der Gläubigerversammlung oder dem Gläubigerausschuss. Dass eine (Mehrheits-)Entscheidung getroffen wird, bedeutet jedoch keineswegs den wirtschaftlich günstigsten Ausgang des Insolvenzverfahrens durch eine „beste“ Entscheidung. Anders als die Privatautonomie für die marktwirtschaftliche Realgüterverteilung gibt die Gläubigerautonomie somit keinen Anlass, eine effiziente Verteilung der Wirtschaftsgüter des Schuldners zu erwarten. Wenn also davon gesprochen wird, dass sich eine gläubigerbestimmte Verfahrenssteuerung „besser als ein staatlich gelenktes Verfahren in das System der sozialen Marktwirtschaft einfügt (ordnungspolitischer Grund)“⁸⁵, dann ist dabei der privatautonome Umsetzungsmechanismus im Auswahlermessen der Gläubigerautonomie gemeint.⁸⁶ Die Gläubigerautonomie als gesetzlicher Rahmen beinhaltet keinen

⁷⁹ Zu deren Reichweite siehe unten, S. 82 ff.

⁸⁰ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, S. 1 f.; *Zöllner*, in: Lutter/Ulmer (Hrsg.), 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 85 ff.

⁸¹ *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, S. 124 f.

⁸² Dazu *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung, S. 122 ff.

⁸³ *Haarmeyer/Wutzke/Förster* (Hrsg.), Vorläufige Insolvenzverwaltung, § 11; dazu näher unten, S. 96 f.

⁸⁴ BGH im Beschluss v. 07.05.2015 – IX ZB 75/14, ZInsO 2015, 1398, 1402; *Zipperer*, NJW 2016, 750, 754; *Würdinger*, Interessengemeinschaften, S. 65.

⁸⁵ *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 8; dazu auch *Neumann*, Gläubigerautonomie, S. 48 ff.; dies entspricht auch der Aussage des Diskussionsentwurfes zur Reform des Insolvenzrechts: „Auch die Normen des Insolvenzrechts dürfen der privatautonomen Abwicklung der Insolvenz so wenig Schranken wie möglich setzen.“, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 13.

⁸⁶ Zum Insolvenzplan, der insofern den gläubigerautonomen Handlungsrahmen bietet, sagt der Diskussionsentwurf hier: „In privatautonomen Verhandlungen und Austauschvorgängen, die einen solchen Plan legitimieren, wird das wirtschaftliche Optimum durch diejenige Lösung verwirklicht, die mindestens einen Beteiligten besser und alle anderen Beteiligten nicht schlechter stellt als jede andere Lösung.“, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17.

wirtschaftlich zwingend effizienten Entscheidungsprozess. Nachvollziehbar sind vor diesem Hintergrund alle Bemühungen, Gläubiger und Schuldner möglichst frühzeitig zu privatautonomen Vereinbarungen zu bewegen, die die Insolvenz des Schuldners abwenden oder die Gläubigerbefriedigung vereinfachen können.⁸⁷

Privatautonomie und Gläubigerautonomie sind damit sowohl in ihrer rechtlichen als auch in ihrer wirtschaftlichen Funktionsweise deutlich voneinander abgrenzbar.

II. Gläubigerselbstverwaltung

Weiter erscheint der Begriff der Gläubigerselbstverwaltung geeignet, neben den der Gläubigerautonomie zu treten.⁸⁸ Verwaltungshandeln zeichnet sich durch eine normativ verankerte sachlich-inhaltliche Legitimation aus.⁸⁹ Diese normative Verankerung bestünde nicht, wenn man Gläubigerautonomie im moralphilosophischen Sinne als eine metaphysische feste Größe auffassen würde. Das trifft aber, wie oben dargestellt,⁹⁰ nicht zu. Vielmehr beruht Gläubigerautonomie darauf, dass der Gesetzgeber ausdrücklich einen Rechtsrahmen einräumt, der damit auch sachlich-inhaltliche Legitimation für jedes Verhalten bietet, das sich in seinen Grenzen bewegt.⁹¹

Daneben verdeutlicht der Begriff der Gläubigerselbstverwaltung noch einen weiteren Aspekt der Gläubigerautonomie: Die Gläubiger nehmen ihre Angelegenheiten selbst wahr. Gläubigerautonomie beschränkt sich nicht darauf, bloße Verfolgung des Haftungsinteresses zu sein, die auch durch den Insolvenzverwalter allein möglich wäre. Die Interessenverfolgung muss vielmehr den Gläubigern selbst ermöglicht werden, um dem Prinzip der Gläubigerautonomie gerecht werden zu können. „Gläubiger“ bezieht sich daher sowohl auf die rechtliche Ausgestaltung der Gläubigerstellung als auch auf den einzig legitimierte Personenkreis. Das erscheint selbstverständlich. Wie jedoch noch gezeigt wird, diffundiert in ausländischen Rechtsordnungen der Begriff der Gläubigerautonomie in dem des Gläubigerschutzes.

⁸⁷ Zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren etwa: Gravenbrucher Kreis, ZInsO 2016, 1296; *Siemon*, NZI 2016, 57.

⁸⁸ So verwendet bei *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 711 ff.; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, passim; i.E. ebenso für „Selbstverwaltung“: *Waltermann*, Betriebsvereinbarung, S. 58.

⁸⁹ Für das Öffentliche Recht: *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 20 Rn. 138; im Zivilrecht ist die Verwaltung beispielsweise Teil der Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter einer GbR, vgl. *Schäfer*, in: MüKo BGB, § 709 Rn. 10 f.; auch BGH, v. 15.01.2007 – II ZR 245/05, BGHZ 170, 283, 285.

⁹⁰ Siehe S. 24 ff.

⁹¹ Dazu bemerken *Gundlach/Frenzel/Jahn*: „Da es sich beim Insolvenzverfahren um ein staatliches Verfahren handelt, kann die Selbstverwaltung der Gläubiger ohnehin nur so weit gehen, wie die rechtlichen Rahmenbedingungen es zulassen.“, *Gundlach/Frenzel/Jahn*, DZWIR 2008, 441.

Daher eignet sich der Begriff der Gläubigerselbstverwaltung, um gläubigerautonomes Handeln zu beschreiben. Die einzige Differenzierung zwischen den beiden Begriffen liegt in der Aktivität der Gläubigerselbstverwaltung als Umsetzungs-handlung und der Passivität der Gläubigerautonomie als Rechtsrahmen.

Wenn jedoch davon gesprochen wird, die Gläubiger nähmen ihre Angelegenheiten selbst wahr, ist noch nicht geklärt, welche Sphäre konkret Gegenstand der Selbstverwaltung ist. Nach aktueller gesetzlicher Ausgestaltung bezieht sich die Selbstverwaltung nur auf Verfahrensfragen, nicht aber auf das Schuldnervermögen, das im Regelinsolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter, im Eigenverwaltungsverfahren durch den Schuldner verwaltet wird. Zwar können die Gläubiger in Einzelfragen den Insolvenzverwalter in der Weise binden, dass ihre Kollektiventscheidung nach außen durchschlägt. Doch ist der „Sicherheitsabstand“, der etwa durch § 164 InsO in der Außenwirksamkeit der Handlungen des Insolvenzverwalters zwischen Gläubiger und Schuldnervermögen gesetzt wird, Anhaltspunkt dafür, dass ein gläubigerzentriertes Verfahren weder Realität noch Anspruch des Gesetzgebers ist. Dafür kann es Gründe geben, die im Folgenden ermittelt werden sollen. Auch die Hoheit über das Verfahren ist durch das Zusammenwirken von Insolvenzverwalter, Insolvenzgericht und Insolvenzgläubiger an vielen Stellen ausgedünnt.⁹² Die vielen Einschränkungen der Gläubigerselbstverwaltung sind zwar leicht verständlich, wenn man das Desinteresse vieler Gläubiger an den Verfahren berücksichtigt.⁹³ Denn ein konsequent gläubigerverwaltetes Insolvenzverfahren ohne engagierte Gläubiger würde die staatliche Gewährleistung eines suffizienten Durchsetzungsmechanismus konterkarieren. Die häufigen Durchbrechungen stellen Gläubigerautonomie als Prinzip jedoch infrage.

III. Gläubigerschutz

Gläubigerautonomie soll gleichwohl nach allgemeiner Ansicht ein Prinzip des Insolvenzrechts sein.⁹⁴ Insolvenzrecht seinerseits ist ein Instrument des Gläubigerschutzes.⁹⁵ Der Schluss, Gläubigerautonomie sei Instrument des Gläubigerschutzes, ist jedoch nur teilweise richtig.

⁹² Vgl. *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 25.

⁹³ *Gottwald*, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, § 1 Rn. 59; zur gläubigerfreien Gläubigerversammlung: *Heukamp*, ZInsO 2007, 57.

⁹⁴ *Kübler*, in: Kübler (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 62; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 4 ff.; *Marotzke*, ZInsO 2003, 726, 726; *Neumann*, Gläubigerautonomie, S. 14; *Holzer*, in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz, § 3 Rn. 174 ff.

⁹⁵ *Thole*, Gläubigerschutz, S. 47 ff.

Gläubigerschutz ist der Schutz der Interessen derjenigen Personen, die der Gesellschaft Kredit gewähren oder denen der Schuldner aus anderen Gründen zu einer Leistung verpflichtet ist.⁹⁶ Der Gläubigerschutz kann in drei Bereiche unterteilt werden: Schuldnerkontrolle⁹⁷ und vertragliche Selbsthilfemechanismen⁹⁸, die als präventive Systeme ausgelegt sind, und Insolvenzrecht, das überwiegend reaktiv funktioniert.⁹⁹ Wenn der Gesetzgeber den Gläubigern Handlungs- und Entscheidungsspielraum im Insolvenzverfahren gewährt, eröffnet er ihnen damit die Möglichkeit, über präventive Maßnahmen hinaus ihre Interessen durchzusetzen. Während der rechtliche Rahmen für *ex-ante*-Gläubigerschutz ausschließlich und direkt gläubigerschützende Funktion entfaltet, beschwert der *ex-post*-Gläubigerschutz die Gläubiger mit der Entscheidungshoheit und dadurch mit einem Unternehmerrisiko. Im *ex-ante*-Schutz hingegen werden überwiegend Strukturvorgaben gemacht, die den Gläubigern kein konkretes individuelles Handeln abverlangen, sondern etwa in Gestalt von Kapitalschutzvorschriften oder Bilanzrecht dem Schuldner obliegen.¹⁰⁰ Soweit der Gläubigerautonomie in Insolvenzverfahren damit eine Schutzdimension zugesprochen werden soll, kann sie sich also nur sekundär verwirklichen, weil das Risiko der richtigen oder falschen unternehmerischen Entscheidung vorgelagert ist.

Hier kann es dahinstehen, ob das Schutzniveau zugunsten der Gläubiger im Insolvenzverfahren grundsätzlich hinter dem *ex-ante*-Schutz zurückbleibt.¹⁰¹ Denn entscheidend ist hier nicht der gesamte insolvenzrechtliche Regelungsrahmen, sondern allein der Normenkreis, der den Gläubigern besondere Teilhaberechte und -pflichten eröffnet und der damit die konkrete Gewährleistung einer Gläubigerselbstverwaltung bedeutet. Diese Normen ermöglichen einen flexiblen Umgang mit der Krise des Schuldners und dabei die Berücksichtigung und den Ausgleich verschiedener Individualinteressen.¹⁰²

Gerade jedoch die gesetzliche Grundlage für den Ausgleichsprozess der Interessen ist die besondere Schwierigkeit, die sich bei der Implementierung von Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren stellt. Sie zwingt zunächst zu dem Schluss, dass Gläubigerautonomie nur so weit als Instrument des Gläubigerschutzes gewertet werden kann, wie im Selbstverwaltungsverfahren auch ein Interessenausgleich tatsächlich hergestellt werden kann. Die Schutzdimension der Gläubigerautonomie äußert sich daher nur in der Sicherung der größtmöglichen Haftungsverwirklichung durch ein interessenausgleichendes Zusammenwirken der Gläubiger. Um der

⁹⁶ Thole, Gläubigerschutz, S. 12; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, § 10 I 1 a).

⁹⁷ Dazu zählen etwa Mindestkapital, Kapitalaufbringung und -erhaltung, Bilanzrecht, Eigenkapitalersatzrechte oder Geschäftsführerhaftung, vgl. zu diesen Kategorien Thole, Gläubigerschutz, S. 35 ff.; Spindler, JZ 2006, 839.

⁹⁸ Dazu: Armour, EBOR 2006, 5, 16 ff.; Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2236.

⁹⁹ Spindler, JZ 2006, 839, 842; Thole, Gläubigerschutz, S. 44 ff.

¹⁰⁰ Spindler, JZ 2006, 839, 842 f.; Thole, Gläubigerschutz, S. 44 ff.

¹⁰¹ Dagegen: Thole, Gläubigerschutz, S. 47; dafür: Wilhelmi, GmbHR 2006, 13, 18.

¹⁰² Thole, Gläubigerschutz, S. 45.

Schutzfunktion gerecht zu werden ist es insbesondere nicht notwendig, dass die Haftungsverwirklichung tatsächlich gleichmäßig ausfällt. Die Möglichkeit, nach Interesse der Gläubiger von der Gleichmäßigkeit der Befriedigung – etwa in einem Insolvenzplan – abzuweichen, ist aber andererseits ein Zeichen der Risikolast, die durch Gläubigerautonomie entsteht.

Gläubigerschutz durch Gläubigerselbstverwaltung kann indes nicht darin erkannt werden, dass den Gläubigern überhaupt ein Handlungsspielraum eingeräumt wird und nicht etwa die Verfahrenshoheit vollständig auf die Insolvenzverwaltung übertragen wird. Denn das durch die Insolvenzverwaltung verfolgte Interesse ist gleichfalls die größtmögliche Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger: die Schutzrichtung eines verwalterzentrierten Verfahrens würde von der des gläubigerzentrierten Verfahrens somit nicht abweichen.

Es lässt sich freilich mit dem allgemeinen Tenor der Gesetzesmaterialien¹⁰³ einwenden, dass ein wirtschaftlich effizientes Insolvenzverfahren der Gläubigerbeteiligung bedarf, sodass schon allein aus der Beteiligung der Gläubiger auch deren Schutz erwächst. Eine beliebige Beteiligung der Gläubiger kann diesem Anspruch aber nicht genügen. Gläubigerschutz in der Insolvenz kann nur Schutz aller Gläubiger bedeuten und nicht etwa der einer Gruppe oder gar eines Einzelnen.

Gläubigerselbstverwaltung im Insolvenzverfahren ist daher nur dort auch Gläubigerschutz, wo ihr konstitutiver Rechtsrahmen einen fairen Interessenausgleich der Gläubiger ermöglicht. Normen, die den Gläubigern Rechte geben und dabei gleichzeitig ein unternehmerisches Risiko bergen, können nicht zu den Instrumenten des *ex-post*-Gläubigerschutzes gezählt werden.

IV. Gläubigerrechte

Es wurde bereits herausgestellt, dass die Verwendung des Begriffes „Gläubigerautonomie“ ein überwiegend deutsches Phänomen ist. Im *common law* ist die Verwendung des Terminus „*creditors' rights*“, also „Gläubigerrechte“, üblich. Auch für das deutsche Recht ist denkbar, dass sich hinter „Gläubigerautonomie“ und „Gläubigerrechte“ die gleiche Idee verbirgt, dass also Gläubigerautonomie nicht fähig ist, einen über die sie konstituierenden Rechte hinausgehenden Gehalt zugesprochen zu bekommen. Damit ist vor dem Hintergrund der Ausführungen zu Autonomie im Recht bereits das Verhältnis von Gläubigerrechten und Gläubigerautonomie erkennbar: Gläubigerrechte bilden das Gerüst der Gläubigerautonomie. Sie räumen den Adressaten die rechtliche Handlungsfreiheit ein, die ihnen die Zwecksetzung und -verfolgung bei unzureichendem Haftungssubstrat ermöglicht. Daher lässt der Umfang der Gläubigerrechte in einer (beliebigen) Rechtsordnung auch Schlüsse auf das Gläubigerautonomielevel nach deutschem Verständnis zu. Damit

¹⁰³ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17; BT-Drs. 12/2443, S. 76.

steht fest, dass Gläubigerrechte jedenfalls vollständig Teil der Gläubigerautonomie sind. Ob Gläubigerautonomie ihrerseits einen darüber hinausgehenden prinzipiellen Wert hat, wird im Folgenden näher untersucht.

V. Deregulierung

Teilweise wird vertreten, der aus dem amerikanischen Rechtskreis¹⁰⁴ stammende Begriff der „Deregulierung“ könne zu dem der Gläubigerautonomie synonym verwandt werden.¹⁰⁵ Tatsächlich formuliert auch der Diskussionsentwurf zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts von 1988, ein Ziel der Reform sei die Deregulierung der Insolvenzabwicklung zur Erreichung eines Höchstmaßes an Flexibilität.¹⁰⁶ Er bezieht sich damit auch auf die eigene Prämisse, der privatautomen¹⁰⁷ Abwicklung der Insolvenz seien so wenige Schranken wie möglich zu setzen.¹⁰⁸ Damit ist allerdings gleichzeitig festgestellt, dass Deregulierung lediglich das Mittel ist, das eine autonome Haftungsverwirklichung ermöglicht. Dabei steht das Niveau der Gläubigerautonomie auch in Abhängigkeit zu dem der Deregulierung. Gleichbedeutend sind die Begriffe jedoch nicht.

VI. Zwischenergebnis

Autonomie im Recht ist Handlungsfreiheit in einem gesetzlichen Zuweisungsrahmen. Gläubigerautonomes Handeln ist damit die Zwecksetzung und -verfolgung durch die Gläubiger innerhalb ihrer gesetzlichen Handlungsspielräume. Die Ausübung von Gläubigerautonomie ist daher gleichbedeutend mit Gläubigerselbstverwaltung. Diese Verwaltung bezieht sich nach gesetzlicher Ausgestaltung nicht auf das Schuldnervermögen, sondern auf den Ablauf des Verfahrens. Gläubigerautonomie ist damit ein Prinzip der Regeldurchsetzung. Ihr spezifischer rechtlicher Zuweisungsrahmen ist auf die Gläubigereigenschaft verengt und gestattet die Interessenwahrnehmung und Selbstverwaltung bezüglich der Haftungsverwirklichung. Gleichzeitig ist er kein Imperativ. Das Ob und das Wie der Haftungsverwirklichung sind gleichermaßen Gegenstand der Gläubigerautonomie. Gläubiger-

¹⁰⁴ Möschel, JZ 1988, 885, 888; Henckel, KTS 1989, 477.

¹⁰⁵ Siehe Pape, in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn. 13: „Der Deregulierung entspricht das Prinzip der Gläubigerautonomie.“; Neumann, Gläubigerautonomie, S. 55.

¹⁰⁶ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17; siehe auch BT-Drs. 12/2443, S. 78.

¹⁰⁷ Die Abwicklung einer Insolvenz kann zu großen Teilen nach privatautomen Grundsätzen durchgeführt werden. Die Einflussnahme auf das Verfahren und die Durchsetzung der Gläubigerinteressen ist jedoch, wie beschrieben, Teil der Gläubigerautonomie.

¹⁰⁸ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts Allgemeine Begründung, S. 13; siehe auch BT-Drs. 12/2443, S. 76.

schützend kann diese Autonomie nur dann wirken, wenn die Vorschriften einen Interessenausgleich der Gläubiger ermöglichen. Da sich Gläubigerautonomie allein auf das Interesse an umfassender Haftungsverwirklichung bezieht, beschränkt sich auch der Interessenausgleich auf eine für alle Gläubiger akzeptable Verteilung der Masse. Dies definiert auch die Schutzdimension der Gläubigerautonomie. Es öffnet sich in der Autonomie jedoch auch ein unternehmerisches Risiko, das dem *ex-post*-Schutzgedanken des Insolvenzrechts zuwider läuft. Essentieller Bestandteil der Gläubigerautonomie sind die Gläubigerrechte in der Insolvenz. Unklar ist allerdings noch, ob der Gläubigerautonomie auch ein über die sie konstituierenden Rechte hinausgehender Wert entnommen werden kann.

C. Besondere Gläubigerautonomie in der Insolvenz

Ist ein Unternehmensträger insolvent, verändert sich die Rechtsstellung seiner Gläubiger. Einschneidendste Änderungen ist dabei sicherlich das Vollstreckungsverbot gemäß § 89 InsO. Es sichert den Grundsatz der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung.¹⁰⁹ Gleichzeitig wird die verfahrensrechtliche Möglichkeit des Zusammenschlusses der Gläubiger in der Gläubigerversammlung und ihre Vertretung im Gläubigerausschuss eröffnet. Angesichts der gegenseitigen Abhängigkeit des rechtlichen Autonomiebegriffes mit einem entsprechend durch den Gesetzgeber eingeräumten rechtlichen Handlungsrahmen können solche Veränderung nicht ohne Folgen für den Begriff der Gläubigerautonomie bleiben. Daher soll im Folgenden zum einen dargestellt werden, welche Wandlung Gläubigerautonomie durch die materielle Insolvenzreife und die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfährt. In einem zweiten Schritt werden die Instrumente dargelegt, mit denen der Gesetzgeber Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren eingeräumt hat.

I. Wandlung durch Insolvenzeintritt

Insolvenzgründe sind in den §§ 16 bis 19 InsO normiert. Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO, und Überschuldung, § 19 InsO, können dabei auch Insolvenzgründe im Falle eines Drittantrages darstellen, während die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO dem Eigenantrag vorbehalten bleibt.¹¹⁰ Ziel des Insolvenzverfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger, § 1 S. 1 InsO. Mit der Einführung der Insolvenzordnung wurde auch die Fortführung des Unternehmensträgers stärker in

¹⁰⁹ Lüke, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 89 Rn. 2; Mock, in: Uhlenbruck InsO, § 89 Rn. 1; Breuer, in: MüKo InsO, § 89 Rn. 4.

¹¹⁰ Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 296 ff.

den Fokus des Verfahrens gerückt.¹¹¹ Sie ist in § 1 S. 1 InsO ausdrücklich als neben der Haftungsverwirklichung stehendes, gleichrangiges Ziel aufgeführt. Anders als etwa in Frankreich¹¹² muss auch eine solche Fortführung aber letztlich der Gläubigerbefriedigung dienen.¹¹³ § 1 InsO verdeutlicht dabei den wesentlichen Unterschied des Insolvenzverfahrens zu anderen Formen der Vollstreckung: Es dient dazu, die Gläubiger *gemeinschaftlich* zu befriedigen. Die Logik des Insolvenzverfahrens liegt allein in dieser Kollektivierung der Haftungsverwirklichung.¹¹⁴ Gegenstand gläubigerautonomes Handeln in der Insolvenz ist somit zwangsläufig die Betätigung eines gemeinschaftlichen Haftungsinteresses. Dementsprechend wandelt sich die Gläubigerautonomie mit materieller Insolvenzreife von einem Prinzip der Haftungsverwirklichung zugunsten eines individuellen Gläubigers in ein Prinzip der Haftungsverwirklichung zugunsten eines Gläubigerkollektivs.¹¹⁵ Durch Überschuldung oder (drohende) Zahlungsunfähigkeit würde bei individueller Haftungsverwirklichung die oben¹¹⁶ beschriebene faktische Beeinträchtigung von Drittinteressen eintreten, die vor Insolvenzeintritt nur einen Ausnahmefall darstellt. Durch dieses Verlustrisiko entsteht eine Schicksalsgemeinschaft der Gläubiger,¹¹⁷ die sich nicht durch Rechtsgeschäft eint, sondern durch das gemeinsame Ziel der aus Gruppensicht wirtschaftlich einzig vorteilhaften *gleichmäßigen* Haftungsverwirklichung. Die gleichmäßige Haftungsverwirklichung wiederum ist in zweifacher Hinsicht vorzugswürdig. Zum einen führen die Handlungsmöglichkeiten, die den Mitgliedern dieser Gruppe außerhalb eines Insolvenzrechts offen stünden, zu nachteiligen Ergebnissen für das Kollektiv: Wenn die einzelnen Gläubiger nicht wissen, wie sich die jeweils anderen verhalten, wäre eine möglichst zügige individuelle Haftungsverwirklichung das Mittel der Wahl, um nicht selbst Opfer der faktischen Drittinteressenbeeinträchtigung zu werden.¹¹⁸ Zum anderen birgt die individuelle Haftungs-

¹¹¹ Wimmer, Das neue Insolvenzrecht, S. 3; Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, Einleitung Rn. 41; Stürner, in: MüKo InsO, Einleitung Rn. 40.

¹¹² Siehe dazu unten, S. 65 ff.

¹¹³ Stürner, in: MüKo InsO, Einleitung, Rn. 2; Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 23.

¹¹⁴ Balz, in: Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 8, Rn. 17; Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, S. 228 f.; 231 f.

¹¹⁵ Von einer kollektiven Autonomie spricht auch: Hänel, Gläubigerautonomie, S. 74 ff., der die Gläubigerautonomie aber nicht als rechtlichen Handlungsrahmen auffasst, sondern ein theoretisches Maximum als Grundform der Gläubigerautonomie propagiert. Dieses theoretische Maximum gibt es nach hier entwickelter Ansicht jedoch nur in der moralphilosophischen Anschauung der Autonomie, siehe oben S. 21 ff.

¹¹⁶ Siehe S. 28 ff.

¹¹⁷ Zipperer, NJW 2016, 750, 754; BGH im Beschluss v. 07.05.2015 – IX ZB 75/14, ZInsO 2015, 1398, 1402; Würdinger, Interessengemeinschaften, S. 65; eine darüber hinausgehende Verbindung der Gläubiger wurde schon früh abgelehnt, vgl. Motive zum Entwurf einer Gemeinschaftsdordnung, Bd. I, S. 14 f.

¹¹⁸ Zum Gefangenendilemma als spieltheoretischer Grundlage dieses Problems: Eidenmüller, Unternehmenssanierung, S. 19; konkretisiert auf die Beschlussfassung im Insolvenzverfahren auch Grünewald, Mehrheitsherrschaft, S. 97 ff.

verwirklichung das geschilderte Risiko übermäßiger Verringerung des Haftungssubstrats durch die Vernichtung von Sachgesamtheiten.

Um eine gemeinschaftliche und gleichmäßige Haftungsverwirklichung ermöglichen zu können, schaltet das Insolvenzrecht in einem ersten Schritt die individuelle Haftungsverwirklichung aus, § 89 InsO. Der zweite Schritt ist ein Ausgleich der Informationsasymmetrie zwischen Gläubigern und Schuldner, um die Ursachen der Insolvenz zu klären und über das weitere Verfahren beraten zu können. Im letzten Schritt wird von der Gläubigergesamtheit über den Fortgang im Verfahren entschieden.

Fraglich ist aber, wie diese enge Eingrenzung des Gläubigerautonomiebegriffs mit der allgemeinen Auffassung vereinbart werden kann, in der Gläubigerversammlung könne jeder Gläubiger sein Einzelinteresse durchsetzen.¹¹⁹ Tatsächlich kann dem einzelnen Gläubiger nicht auferlegt werden, in der Zwangsgemeinschaft der Gläubigerversammlung lediglich ein gemeinsames Interesse zu verfolgen. Die individuelle Rationalität gebietet es dem Einzelnen sogar, ohne Rücksicht auf ein kollektives Interesse, den größtmöglichen Eigenvorteil zu erstreben.¹²⁰ Die faktische Möglichkeit zur individuellen Interessenwahrnehmung bezieht sich aber ihrerseits allein auf Verfahrenshandlungen und nicht auf die direkte Haftungsverwirklichung.¹²¹

In zentralen Fragen räumt der Gesetzgeber jedoch nicht *dem* Gläubiger Mitwirkungsrechte ein, sondern ausschließlich *den* Gläubigern. Dies geschieht in der Annahme, die Gläubiger könnten am besten über gewisse Fragen entscheiden.¹²² Instrument des gläubigerautonen Insolvenzverfahrens ist damit nicht die Individualentscheidung, sondern die Kollektiventscheidung. Ungenau wird daher wegen des Mehrheitsprinzips auch von der *Autonomie der Gläubigermehrheit* gesprochen.¹²³ Dass nun aber die Kollektiventscheidung die Haftungsverwirklichung verfolgt und nicht beispielsweise durch ein Forderungsschergewicht unter den Gläubigern auf ein Partikularinteresse gerichtet ist, kann nicht garantiert werden.

Nach diesen Überlegungen ist die Wandlung der Gläubigerautonomie in dem Zeitpunkt der Insolvenzzureife notwendig und hinreichend bedingt durch den Insolvenzzweck der gemeinschaftlichen Haftungsverwirklichung. Diese wiederum ist

¹¹⁹ Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 74 Rn. 5; Ehrlicke, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 9.

¹²⁰ Grünewald, Mehrheitsherrschaft, S. 100; Schmidtbleicher, Anleihegläubigermehrheit, S. 47 ff.; Eidenmüller, Unternehmenssanierung, S. 19 f., 609 f.

¹²¹ Eine Übersicht der individuellen Verfahrensrechte in der Insolvenz findet sich bei Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 984.

¹²² Vgl. etwa Bundesministerium der Justiz 1988–1989, Allgemeine Begründung, S. 17; BT-Drs. 12/2443 1992 S. 76; zu Gruppen- und Gremienentscheidungen siehe unten, S. 88 ff.

¹²³ Neumann, Gläubigerautonomie, S. 57; Henckel, KTS 1989, 477; ungenau, weil die Autonomie als rechtlicher Handlungsrahmen tatsächlich allen Gläubigern offensteht. Gläubigerautonomie in der Insolvenz bedeutet nicht, dass die individuellen Entscheidungen der Gläubiger auch in die Tat umgesetzt werden.

zwar nicht das einzige Ziel, das in einem Insolvenzverfahren verfolgt werden kann, jedoch das einzige gemeinschaftliche wirtschaftliche Ziel aller in der Schicksalsgemeinschaft der Gläubiger gebundenen Personen.

II. Wirkbereiche von Gläubigerautonomie in der Insolvenz

Nachdem dargestellt werden konnte, dass Gläubigerautonomie als Gläubigerselbstverwaltung zu verstehen ist, muss im nächsten Schritt untersucht werden, ob das geltende Insolvenzrecht dem selbst oktroyierten Anspruch gerecht wird, Gläubigerselbstverwaltung als Prinzip zu verfolgen. Dafür werden kursorisch diejenigen Bereiche des Insolvenzrechts dargestellt, die nach allgemeiner Anschauung in den Wirkbereich der Gläubigerautonomie fallen. So wird eine Grundlage für die darauf folgende eingehende Untersuchung erstellt, ob Gläubigerselbstverwaltung überhaupt dazu in der Lage ist, ein Prinzip des Insolvenzrechts darzustellen.

Der Gesetzgeber hat kollektive Mitwirkungsrechte im Sinne der Gläubigerautonomie zugunsten der Gläubigerversammlung als Zwangsgemeinschaft der Gläubiger und zugunsten des Gläubigerausschusses als besonderes Beratungs- und Kontrollgremium bestimmt. Daneben sind vereinzelt Individualrechte der Gläubiger vorgesehen.

1. Gläubigerversammlung

Der Gläubigerversammlung kommen insbesondere Antragsrechte, Zustimmungsrechte und konkrete Beteiligungsrechte zu. So kann sie die Entlassung des Insolvenzverwalters gemäß § 59 Abs. 1 InsO beantragen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Gleiches gilt gemäß § 70 InsO für die Entlassung einzelner Gläubigerausschussmitglieder. Darüber hinaus kann die Gläubigerversammlung im Eigenverwaltungsverfahren einen Antrag auf die Anordnung der Zustimmungspflichtigkeit besonderer Rechtsgeschäfte des Schuldners stellen, § 277 Abs. 1 InsO. Auch die Aufhebung und die nachträgliche Anordnung der Eigenverwaltung kann durch die Gläubigerversammlung beantragt werden, § 271 S. 1 InsO und § 272 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Nur zwei Zustimmungsrechte der Gläubigerversammlung sind ausschließlich diesem Verfahrensorgan vorbehalten: Die Zustimmung zu Betriebsveräußerung nach § 162 Abs. 1 InsO und zum Insolvenzplan nach § 235 InsO. In den anderen Fällen hat die Gläubigerversammlung entweder ein subsidiäres oder zusätzliches Zustimmungsrecht. Dies gilt für die Zustimmung zu besonders bedeutsamen Rechtshandlungen nach §§ 160, 276 S. 2 InsO, für die Fortsetzung des Insolvenzverfahrens nach § 233 S. 2 InsO und für die Zustimmung zum Unterhalt des Schuldners, § 100 InsO.

Gläubigerselbstverwaltung oder Gläubigerbeteiligung sind zudem auf ein ausreichendes Informationsniveau angewiesen, das den Mitwirkungsrechten entspricht.¹²⁴ Dazu dienen Unterrichtsrechte der Gläubigerversammlung bezüglich der Rechnungslegung des Insolvenzverwalters, § 66 Abs. 1 S. 1 InsO, sowie gegenüber dem Schuldner, die durch eine Auskunftspflicht des Schuldners auf Anordnung des Gerichts gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 InsO umgesetzt wird. Hinzu kommen die Auskunftsrechte gemäß § 79 S. 1 InsO und die wechselseitigen Berichtspflichten des Verwalters im Berichtstermin gemäß § 156 Abs. 1 S. 1 InsO.

Abschließend gewährt der Gesetzgeber der Gläubigerversammlung spezifische Beteiligungsrechte. Sie beziehen sich insbesondere auf die übrigen Verfahrensorgane. So kann die Gläubigerversammlung die personelle Entscheidung über den endgültigen Insolvenzverwalter treffen – die vielzitierte „Schicksalsfrage“¹²⁵ nach § 57 S. 1 InsO. Personellen Einfluss hat sie auch auf den endgültigen Gläubigerausschuss gemäß § 68 InsO. Vor der ersten Gläubigerversammlung hat die Zwangsgemeinschaft der Gläubiger noch keine Gelegenheit zur Willensbildung. In diese Lücke ist der Gesetzgeber mit dem ESUG gesprungen und hat den vorläufigen Gläubigerausschuss etabliert, der seinerseits durch das Gericht eingesetzt wird, § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO.

2. Gläubigerausschuss

Der Gläubigerausschuss ist als flexibles und effizientes Interessenvertretungsorgan der Gläubigerschaft konzipiert.¹²⁶ Dementsprechend häufen sich die Rechte des Gläubigerausschusses bezüglich der Zustimmung zu bestimmten Verfahrenshandlungen. In diesen Fällen wäre es zu zeit- und kostspielig, die Gläubigerversammlung einzuberufen. Die übrigen Rechte ermöglichen in erster Linie eine wirksame Kontrolle des Insolvenzverwalters. So hat der Gläubigerausschuss aus § 69 S. 2 InsO ein Recht auf Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere. Dies wird in der Regel gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend gemacht,¹²⁷ im Zweifel müssen die mit der Kassenprüfung betrauten Gläubigerausschussmitglieder jedoch auch zur Einsicht beim Kreditinstitut berechtigt sein. Die Zustimmungrechte des Gläubigerausschusses bestehen bezüglich der Stilllegung des Unternehmens vor dem Berichtstermin (§ 158 Abs. 1 InsO) und besonders bedeutsamer Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters (§ 160 Abs. 1 InsO) oder des Schuldners (§ 276 S. 1 InsO). Ähnlich zentral ist das Zustimmungsrecht zur Verteilung der Insolvenzmasse, § 187 Abs. 3 S. 2 InsO. Daneben ist die Zustimmung des Gläubigerausschusses einzuholen bei der gerichtlichen Zurückweisung des zweiten Insolvenzplans, § 231

¹²⁴ Vgl. *Sponagel*, DZWIR 2011, 270, 275; Zu dem Verhältnis zwischen Auskunftsrechten und Intensität der Gläubigerbeteiligung siehe unten, S. 150 ff.

¹²⁵ Nach: *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1936, § 78 Anm. 7.

¹²⁶ Zur Kollektivinteressenvertretung durch ein Gremium eingehend unten, S. 88 ff.

¹²⁷ Vgl. *Schnieders/Göb/Boddenberg*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 56.

Abs. 2 InsO, der Fortsetzung des Insolvenzverfahrens, § 233 S. 2 InsO, der Festlegung der Quote bei der Abschlagsverteilung, § 195 Abs. 1 S. 1, und beim Antrag des Insolvenzverwalters auf Nichtaufstellung eines Masseverzeichnisses, § 151 Abs. 3 S. 2 InsO.

Konkrete Mitbestimmungsrechte kommen dem Gläubigerausschuss bei der Aufstellung eines Insolvenzplans gemäß § 218 Abs. 3 InsO zu sowie bei der Hinterlegung von Wertgegenständen nach § 149 Abs. 1 S. 1 InsO.

III. Zwischenergebnis

Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren bedeutet die Verfolgung des Interesses einer umfassenden kollektiven Haftungsverwirklichung in einem gesetzlichen Zuweisungsrahmen rechtlicher Handlungsfreiheit. Wird in den Gesetzesmaterialien vom Prinzip der Gläubigerautonomie gesprochen, ist damit die Idee einer einzuräumenden Freiheit zur Selbstverwaltung der Gläubiger im Insolvenzverfahren gemeint. Ihr Gehalt ändert sich durch die Anpassung der Rechtsstellung der Gläubiger an die Vermögenslage des Schuldners. Die Gläubiger eint dabei der gemeinsame Wille zur möglichst umfassenden Haftungsverwirklichung. Gläubigerautonomie in der Insolvenz ist damit geprägt von der Zurückstellung der individuellen Haftungsverwirklichung, die sich insbesondere dadurch äußert, dass auch die Teilhabe am Vollstreckungsverfahren nicht mehr direkt – wie bei der Einzelzwangsvollstreckung –, sondern indirekt durch den Insolvenzverwalter als Exekutivorgan stattfindet. Dadurch wird weniger eine tatsächliche Gläubigerselbstverwaltung des Verfahrens, als mehr eine Gläubigerbeteiligung gewährleistet. Nur dieser moderate Gläubigereinfluss ermöglicht ein geordnetes Verfahren auch in den Fällen, in denen sich die Gläubiger nicht engagieren. Wenn sich die Gläubiger jedoch einbringen wollen, sind die Instrumente vielfältig und können der Insolvenzverwaltung eine klare Richtschnur geben.

D. Praktische Bedeutsamkeit der insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie

Ein höheres Maß an Gläubigerautonomie soll ein höheres Maß an wirtschaftlicher Effizienz verbürgen.¹²⁸ Darin liegt das „Credo“ der ökonomischen Analyse des Insolvenzrechts¹²⁹ und dies scheint so klar zu sein, dass der Gesetzesentwurf zum

¹²⁸ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17; BT-Drs. 12/2443, S. 76; es ginge dem Gesetzgeber um eine möglichst marktkonforme Insolvenzabwicklung: *Prütting*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 5 Rn. 81.

¹²⁹ So *Förster*, in: Gerhardt/Kirchhof (Hrsg.), FS Kirchhof, S. 86.

ESUG über den Zweck der Gläubigerautonomie kein Wort mehr verliert, sondern sie ohne Umschweife zur Maxime der Gesetzgebung erhebt.¹³⁰ Eine solche Herangehensweise mag im Gleichklang mit der wohlfahrtsökonomischen Idee der normativen Präferenzautonomie stehen.¹³¹ Blickt man jedoch in der Insolvenzrechtsgeschichte zurück, drängt sich die Frage auf, ob der stetige Einflussgewinn der Gläubiger der richtige Weg sein kann, um maximale Haftungsverwirklichung zu ermöglichen.

Im Folgenden wird daher in vier Schritten die Notwendigkeit von Gläubigerautonomie untersucht. Zunächst wird ein Streiflicht auf die historische Entwicklung der tatsächlich rechtlichen Ausprägung von Gläubigerselbstverwaltung im deutschen Recht geworfen. In einem zweiten Schritt wird herausgearbeitet, wie sich Gläubigerautonomie als (bloße) Zielbestimmung des deutschen Gesetzgebers entwickelt hat. Drittens wird die Bedeutung und Entwicklung der Gläubigerautonomie in ausländischen Rechtsordnungen betrachtet. Die Ergebnisse werden in einem vierten und letzten Schritt mit der wirtschaftlichen Effektivität der Insolvenzverfahren in Verhältnis gesetzt.

I. Entwicklung des deutschen gläubigerzentrierten Insolvenzverfahrens

Der Konkurs – und heute die Insolvenz – können sich nach zwei gegensätzlichen Verfahrenstypen ausrichten: die Abwicklung durch staatliche Stellen oder durch die Gläubiger selbst.¹³² Dazwischen gibt es ein breites Spektrum an Beteiligungsinintensitäten zugunsten der Gläubiger. Mit dem Wandel des Konkursrechts, das 1999

¹³⁰ BT-Drs. 17/5712, S. 17, 25, 39 und 42; neuer auch zum Konzerninsolvenzrecht BT-Drs. 18/407, S. 22, 31, 36.

¹³¹ Siehe hierzu ausführlich: *Eidenmüller*, Effizienz, S. 326 ff. Wie *Eidenmüller* jedoch auch nachvollziehbar feststellt, stimmt Präferenzautonomie wertungsmäßig mit der privatrechtlichen Gewährleistung von Privatautonomie überein, *ders.*, Effizienz, S. 332 f.; vgl. auch *Mohr*, Vertragsfreiheit, S. 246. Oben, S. 14 ff., wurde jedoch schon herausgearbeitet, dass Gläubigerautonomie eines der zur Gewährleistung von Privatautonomie dienenden gesetzlich erschaffenen Mittel und damit ein der Privatautonomie nebengeordnetes Prinzip darstellt. Schon allein dies zwingt zu dem Schluss, dass Gläubigerautonomie nicht im Sinne der Präferenzautonomie eine Effizienzmaxime darstellen kann, denn es kann keine Präferenz neben der Präferenz geben. Das heißt, dass die Gläubiger durch ihre privatautonome Entscheidung für das Schuldverhältnis bereits eine einzige gemeinsame Präferenz in der Haftungsverwirklichung bestimmt haben, sodass der Präferenzpluralismus notwendig ausgeschaltet ist. Würde man also Gläubigerautonomie als besondere Präferenzautonomie im ökonomischen Sinne auffassen, schloße man den Zirkel, dass der effizienteste Weg zur Haftungsverwirklichung (als Ziel der Gläubigerautonomie) die Haftungsverwirklichung selbst (als ideale Präferenzautonomie) wäre. Deswegen führen Eingriffe in die Gläubigerautonomie auch nicht zwangsläufig zu Effizienzverlusten.

¹³² Vgl. *Kohler*, Konkursrecht, S. 2; *Pasquay*, ZHR 1909, 409; *Hegmanns*, Gläubigeraus-schuss, S. 1; *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 7 f.

mit der Vergleichsordnung in der Insolvenzordnung verschmolzen wurde, unterlag auch die Gläubigerstellung einer wechselhaften Entwicklung.

Bereits im klassischen römischen Recht nahmen die Gläubiger im Verfahren der Vermögensvollstreckung¹³³ eine entscheidende Rolle ein. Im ersten Teil des Gesamtvollstreckungsverfahrens, der *missio in bona*, ging der Besitz des Schuldnervermögens für eine Frist von 30 Tagen zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung auf den antragenden Gläubiger über.¹³⁴ Verstrich diese Frist, ohne dass die Gläubiger tatsächlich befriedigt worden waren, wurde der Schuldner *infam*.¹³⁵ Die Gläubiger bestellten dann aus ihrer Mitte einen *magister bonorum*, einen Geschäftsführer der Konkursmasse, der mit der Veräußerung der Vermögensgegenstände (*venditio bonorum*) an den Meistbietenden betraut wurde.¹³⁶

Die starke Gläubigermacht setzte sich in den Konkursrechten der norditalienischen Handelsstädte fort,¹³⁷ deren Einfluss teilweise über Frankreich, teilweise unmittelbar – wenn auch erst im 19. Jahrhundert – nach Deutschland reichte.¹³⁸

Gegenläufig zu dem italienischen Konzept stellte sich im 17. Jahrhundert der spanische Konkursprozess dar, wie er grundlegend von *Salgado de Samoja* in seinem Werk „*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam*“ behandelt worden ist.¹³⁹ *Samoja* beschrieb dort ein gerichtszentriertes Verfahren, in dem der Konkursverwalter lediglich ausführendes Organ war.¹⁴⁰ Im Kontrast zum italienischen Modell sah *Pasquay* hier ein „Prinzip der Gläubigerbevormundung“. ¹⁴¹ *Kohler* führt dazu aus: „Die Selbsthilfe wird strengstens verpönt; was auf dem Wege der Selbsthilfe gewonnen ist, soll wieder abgenommen werden, und wer die Selbsthilfe ausgeübt hat, wird bestraft.“¹⁴²

¹³³ Schon vor der Vermögensexekution durch die *missio in bona* kannte das römische Recht die Personalexekution zur Herstellung eines körperlichen Zwangs zur Haftungsverwirklichung, vgl. hierzu: *Kaser/Hackl*, Röm ZivProzR, S. 383 ff.; anschaulich auch: *Uhlenbruck*, DZWIR 2007, 1, 2.

¹³⁴ *Kaser/Hackl*, Röm ZivProzR, S. 388 ff.

¹³⁵ *Kroppenberger*, Insolvenz im klassischen römischen Recht, S. 240 ff.

¹³⁶ *Kaser/Hackl*, Röm ZivProzR, S. 394 ff.; *Baur/Stürner*, Konkursrecht, § 3 3.2; *Mittermaier*, Prozeß, Bd. 3, S. 215; es entwickelte sich mitunter eine regelrechte Eigenmacht der Gläubiger, mit der sie sich des Vermögens des Schuldners bemächtigen konnten, vgl. *Pasquay*, ZHR 1909, 409, 412.

¹³⁷ *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, Einl. Rn. 6.

¹³⁸ *Meier*, Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 19 ff.; *Uhlenbruck*, WM 1999, 1197, 1200.

¹³⁹ *Kohler*, Konkursrecht, S. 24 ff.; *Prütting*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, Einl. Rn. 9.

¹⁴⁰ *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 13; *Kohler* bezeichnete das System als „höchst umständlich“, als einförmig, pedantisch und doktrinär: *Kohler*, Konkursrecht, S. 24 ff. und 40 ff.

¹⁴¹ *Pasquay*, ZHR 1909, 409, 414; vgl. auch *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 1.

¹⁴² *Kohler*, Konkursrecht, S. 24.

Das Werk *Samozas* gilt neben dem aufgeklärt absolutistischen Gedanken des starken Wohlfahrtsstaates als wesentlicher Einfluss auf das in Deutschland geltende gemeine Konkursrecht, das an großem administrativem Übergewicht krankte.¹⁴³ Nach viele Jahre dauernden sog. Gantprozessen¹⁴⁴, die heute als komplizierte und kostenintensive Verfahren bezeichnet werden,¹⁴⁵ wurden Klassifikationsurteile gefällt, die eine bestimmte Prioritätsordnung der Gläubiger feststellten.¹⁴⁶ Zwar war es bereits in einzelnen Konkursordnungen des gemeinen Rechts möglich, einen Gläubigerausschuss einzusetzen, der den „Comissar“ bei der Insolvenzverwaltung überwachen sollte.¹⁴⁷ Darüber hinausgehende Rechte kamen aber weder dem Ausschuss noch den hinter ihm stehenden Gläubigern zu.¹⁴⁸

Der Großteil der deutschen Gebiete orientierte sich im 18. Jahrhundert an diesem spanischen Vorbild des „publizistischen“¹⁴⁹ Verfahrens.¹⁵⁰ Eine der wenigen Ausnahmen bildete die Hamburger Fallitenordnung von 1753, nach der die Gläubiger die Wahl eines Kurators in Händen hielten.¹⁵¹ Er war mit der Vermögensverwaltung und der Prüfung eines Liquidationsverfahrens betraut.¹⁵² Vorzug vor der Auflösung des Unternehmens genoss jedoch der Akkord, ein Vergleich zwischen Gläubiger und Schuldner, der einer zustimmenden Mehrheit von drei Viertel der Gläubiger bedurfte.¹⁵³

Nicht nur begrifflich, sondern auch materiell taktgebend für die Hamburger Fallitenordnung war das französische Recht der „*faillite*“, das aus dem italienischen

¹⁴³ Zum Einfluss *Samozas* allgemein: *Meier*, Geschichte des deutschen Konkursrechts, S. 59 ff.; zur Kritik am Amtsverfahren: *Hahn* (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 283; *Baur/Stürmer*, Konkursrecht, § 3 3.12.

¹⁴⁴ *Der* oder *die* Gant stammt vom Begriff des Ausrufers bei öffentlichen Versteigerungen der Vermögensgegenstände insolventer Schuldner, sog. *incantatores*, vgl. *Mittermaier*, Prozeß, Bd. 3, S. 217; zu den unterschiedlichen Begriffen für den Prozess auch: *Hahn* (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 44.

¹⁴⁵ *Kohler*, Konkursrecht, S. 44; *Fuchs*, Concurso, S. 72; man könne sich die Gantprozesse nicht langwierig und schleppend genug denken, bemerkt: *Uhlenbruck*, in: *Uhlenbruck* (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 10; bemerkenswert zeitraubend war schon die Eröffnung des Verfahrens, bei der gegen den Eröffnungsbeschluss Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung eingelegt werden konnten – heute durch § 4 InsO i.V.m. § 570 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen – und die Entscheidung in zweiter Instanz abgewartet werden musste, vgl. *Simon*, Preußisches Concurso-Recht, S. 1 f.

¹⁴⁶ Anschauliche Darstellung des Prozessverlaufs: *Mittermaier*, Prozeß, Bd. 3, S. 225 ff.

¹⁴⁷ So in der „Hannöverschen“ Konkursordnung: *Mittermaier*, Prozeß, Bd. 3, S. 233.

¹⁴⁸ *Fuchs*, Concurso, S. 92; Motive zum Entwurf einer Gemeinschaftsordnung, Bd. II, S. 17.

¹⁴⁹ Begriffsbildend: *Kohler*, Konkursrecht, S. 8.

¹⁵⁰ *Kohler*, Konkursrecht, S. 38.

¹⁵¹ Ausführlich zur Hamburger Fallitenordnung: *Hasche*, Erläuterung der Hamburgischen Fallitenordnung, Teil 1, passim; speziell zu den Kuratoren: ebenda, S. 231 ff.

¹⁵² *Hasche*, Erläuterung der Hamburgischen Fallitenordnung, S. 231 f.

¹⁵³ *Kohler*, Konkursrecht, S. 38.

Statutarrecht erwachsen war. Auch das Verfahren nach französischem Recht setzte Gläubigerselbstverwaltung in den Mittelpunkt.¹⁵⁴ Seinerseits über das italienische Recht auf dem römisch-rechtlichen Prinzip der *missio in bona* gründend,¹⁵⁵ prägte es 1855 die preußische und später die deutsche Konkursordnung von 1877 entscheidend. Der Erfolg der gläubigerzentrierten Verfahren lässt sich leicht mit den bereits angeführten Nachteilen des publizistischen Verfahrens erklären. Für eine effiziente Abwicklung fehlte den Gerichten sowohl die fachliche Ausbildung als auch das wirtschaftliche Verständnis und schließlich das persönliche finanzielle Engagement¹⁵⁶, das in gläubigerzentrierten Verfahren das ausschlaggebende Motivationsmoment darstellt.¹⁵⁷ *Pasquay* betont hier die „heilsame“ Nachwirkung des italienischen Verfahrens und den „unheilvollen“ Einfluss des spanischen Konkurses.¹⁵⁸

Trotz dieser klaren Fürsprache zugunsten der Gläubigerbeteiligung ist es verwunderlich, dass auch heute die Gesetzesmaterialien einmütig und wortgleich bemerken, dass durch die autonomen Entscheidungen der Privaten ein wirtschaftlich vorteilhafteres Verfahren ermöglicht werde als durch staatliches Eingreifen.¹⁵⁹ Denn sowohl die österreichische Konkursordnung von 1868 als auch die deutsche Vergleichsordnung von 1927 krankten an der intensiven Gläubigerbeteiligung.¹⁶⁰ Die österreichische Konkursordnung sei ein „Tummelplatz von Untriebsen aller Art“ gewesen, urteilte *W. Jelinek*.¹⁶¹ Die Erwartungen, die in Österreich und in Deutschland in das Selbstbestimmungsrecht der Gläubiger gesetzt und die von Wirtschaftsvertretern genährt worden waren, erfüllten sich nicht.¹⁶² In der Praxis machten sich „Konkurshyänen“¹⁶³ bemerkbar: schuldnernahe Dritte ließen sich Vollmacht von Gläubigern erteilen und übten sie aus, um sich selbst in einen Gläubigerausschuss einzusetzen.¹⁶⁴ Dies führte zu einer „unnützen Vermehrung der

¹⁵⁴ *Gröniger*, Das französische Insolvenzsystem, S. 4; *Baur/Stürner*, Konkursrecht, § 3 3.21; interessant ist die spätere, dem deutschen Recht gegenläufige, Entwicklung des französischen Insolvenzrechts hin zu einer stärkeren Gläubigerbevormundung. Siehe zum französischen Recht unten S. 56 ff.

¹⁵⁵ *Uhlenbruck*, WM 1999, 1197, 1200.

¹⁵⁶ Vgl. *Baur/Stürner*, Konkursrecht, § 3 3.21.

¹⁵⁷ Zu den Anreizen der Gläubiger zur Beteiligung im Verfahren siehe unten, S. 88 ff.

¹⁵⁸ *Pasquay*, ZHR 1909, 409, 414.

¹⁵⁹ Vgl. Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17; BT-Drs. 12/2443, S. 78; ebenso: *Groß*, in: Hess/Groß/Reill-Ruppe/Roth (Hrsg.), Insolvenzplan, S. 5 Rn. 21 f.; schon in den Materialien zur Konkursordnung von 1877 wird betont, „daß die Gläubiger an der vorteilhaften Verwaltung und Realisierung der Masse nicht nur das größte Interesse hätten, sondern auch dazu am besten geeignet seien, ohne einer fortgesetzten vormundschaftlichen Leitung des Gerichts zu bedürfen [...]“, *Hahn* (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 283.

¹⁶⁰ Vgl. *Uhlenbruck*, WM 1999, 1197, 1200.

¹⁶¹ *Jelinek*, in: *Leipold* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, S. 23.

¹⁶² Vgl. Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf VO, 1933, S. 43 f.

¹⁶³ *Jaeger*, Lehrbuch, S. 75.

¹⁶⁴ *Jaeger*, Lehrbuch, S. 75.

Ausschüsse und damit zu einer bedauerlichen Steigerung der Massekosten“.¹⁶⁵ Der deutsche Entwurf der Vergleichsordnung von 1933 erklärte daher erstaunlicherweise, er stärke durch eine Beschränkung der Gläubigerrechte die Stellung der Gläubiger.¹⁶⁶

Dabei darf nicht übersehen werden dass die lebhafte Diskussion um die Gläubigerbeteiligung in den darauffolgenden Jahren stark ideologisiert geführt wurde.¹⁶⁷ Forderungen nach einem stärkeren Konkursgericht wurden mit dem nationalsozialistischen Streben nach einem starken Staat gestützt¹⁶⁸ und Tendenzen zur Schuldnerentlastung als Forderung jüdischer Konkursverwalter abgetan.¹⁶⁹

Das moderne deutsche Insolvenzrecht, zentral kodifiziert in der 1994 erlassenen und 1999 in Kraft getretenen Insolvenzordnung,¹⁷⁰ sieht verschiedene direkte und indirekte Beteiligungsformen der Gläubiger vor, die oben cursorisch dargestellt worden sind.¹⁷¹ Die Liste der Einflussmöglichkeiten ist lang, stößt aber in den meisten Verfahren auf eine passive Gläubigerschaft, deren geringe Forderungssummen keinen ausreichenden Anreiz zur Beteiligung bieten.¹⁷² Umso entscheidender ist der Katalog hingegen in Großverfahren.

Auch nach der Einführung der Insolvenzordnung trat Missbrauch der Gläubigerautonomie zutage. Banken nutzten bis zum Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001 intensiv die Möglichkeit, solche Verwalter in der ersten Gläubigerversammlung abzuwählen, die für ihre rigiden Forderungsanfechtungen bekannt waren.¹⁷³ Die Ergänzung des § 57 InsO durch Satz 2 war ein bemerkenswertes Beispiel für die Ambivalenz von Gläubigerautonomie und Warnsignal für diejenigen, die stets eine starke Gläubigerbeteiligung im Verfahren gefordert hatten: Es genügte, den Beschluss auch an die Kopfmehrheit zu knüpfen, um den Missbrauch einzudämmen. Daran illustriert sich, dass eine bloße Intensivierung der Gläubigerbeteiligung leicht Schaden zufügen kann und gleichzeitig schon kleine Einschränkungen¹⁷⁴ eine zielführende Lenkungswirkung entfalten können.

¹⁶⁵ Jaeger, Lehrbuch, S. 75.

¹⁶⁶ Vgl. Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf VO, 1933, S. 44.

¹⁶⁷ Vgl. Hegmanns, Gläubigerausschuss, S. 145.

¹⁶⁸ „Die Zwangsvollstreckung muss daher von nationalsozialistischen Gedanken getragen sein.“ Und weiter: „Man vermisst die starke Hand des Richters. [...] So kann es geschehen, dass zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses Nichtarier bestellt werden [...]“, Quasthoff, JW 1935, 1668, seinerzeit Amtsrichter in Liegnitz, dem heutigen Legnica in Polen.

¹⁶⁹ Braß, ZAKDR 1942, 329, 330.

¹⁷⁰ Gesetz v. 5. 10. 1994, BGBl. I 1994 Nr. 70, 18. 10. 1994, S. 2866.

¹⁷¹ Siehe S. 27 ff.

¹⁷² So BT-Drs. 16/7251, S. 1; bereits auf das Problem des kostenintensiven Verfahrens bei kleinen Schuldnervermögen hinweisend Weber, KTS 1959, 80, 83.

¹⁷³ Vgl. Obermüller, ZInsO 2012, 18; ders., ZInsO 2011, 1809.

¹⁷⁴ Die Gesetzesänderung im Insolvenzrechtsänderungsgesetz von 2001 kann als Einschränkung aufgefasst werden, weil die wirtschaftlich am stärksten Betroffenen tatsächlich eine Einbuße ihres Stimmgewichts hinnehmen mussten.

Durch die fakultative Gläubigerbeteiligung kann nun sowohl solchen Verfahren Rechnung getragen werden, in denen die Gläubiger ein erhebliches Beteiligungsinteresse haben als auch solchen, in denen sich aus Gläubigersicht die aktive Beteiligung am Verfahren nicht lohnt. Der letzte große Schritt in eine stärkere Gläubigerbeteiligung war die Normierung des vorläufigen Gläubigerausschusses durch das ESUG, §§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 22a InsO.¹⁷⁵ Schon ertönt in der Literatur die Klage, aus Gläubigerautonomie werde durch ihre Stärkung im ESUG Gläubigeranarchie.¹⁷⁶ Es gibt deutliche Signale, dass die Leistungsfähigkeit von Gläubigerautonomie grundsätzlich zweifelhaft ist. So ist für den neu eingeführten¹⁷⁷ Verfahrenskoordinator im Konzerninsolvenzverfahren keine abändernde Wahl durch die Gläubiger vorgesehen, § 269e InsO. Das Recht des Gruppen-Gläubigerausschusses zur Stellungnahme trägt zudem einem gläubigerzentrierten Verfahren kaum Rechnung: die Mehrheitsverhältnisse im Gruppen-Gläubigerausschuss bilden das Gewicht der verschiedenen Gläubigergruppen in den Einzelverfahren nur schwer ab. Ein ähnliches Zeichen kann darin gesehen werden, dass der Gesetzgeber mit dem schon durch das ESUG eingeführten Eigenverwaltungsverfahren und den Überlegungen zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren einem dritten Akteur eine aktivere Rolle zukommen lässt: dem Schuldner selbst.¹⁷⁸

II. Gläubigerautonomie als Zielbestimmung der Gesetzgebung

Neben der tatsächlichen Ausgestaltung der Gläubigerbeteiligung lässt sich geschichtlich auch nachzeichnen, welche Bedeutung Gläubigerautonomie als gesetzgeberische Zielbestimmung hatte. Konfrontiert mit den beiden Polen der Verfahrensgestaltung fiel die erste Entscheidung des gesamtdeutschen Gesetzgebers in der Konkursordnung von 1877 zugunsten eines gläubigerzentrierten Verfahrens aus. Der erste war damit auch der größte Schritt fort vom Amtsverfahren des gemeinen Rechts. Ganz unvorbereitet wurde er allerdings nicht gewagt.¹⁷⁹ Die preußische Konkursordnung von 1855 hatte sich nach französischem Vorbild bereits von ihrem gemeinrechtlich geprägten Vorgänger, dem Konkursverfahren der Allgemeinen

¹⁷⁵ Gesetz v. 7.12.2011 – BGBl I 2011 Nr. 64, 13.12.2011, S. 2582; dazu ausführlich Bruyn, Gläubigerausschuss, S. 7 Rn. 12 ff.; Neubert, GmbHR 2012, 439, 441 ff.; zu den Änderungen des ESUG siehe S. 118 f.

¹⁷⁶ Wimmer, ZIP 2013, 2038.

¹⁷⁷ Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, BGBl. I 2017 Nr. 22, 21.04.2017.

¹⁷⁸ Zum Eigenverwaltungsverfahren und der gesetzgeberischen Orientierung am US-amerikanischen *debtor in possession*: Haas, in: Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, § 86 Rn. 7 ff.; zum Konzept für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren: Siemon, NZI 2016, 57.

¹⁷⁹ Vgl. Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, Bd. I, S. 5.

Gerichtsordnung von 1794, abgewandt.¹⁸⁰ Zentraler Akteur des Verfahrens war aber noch immer das Gericht.¹⁸¹ Der endgültige Umschwung gelang erst 1877. Die Hoheit über das Schuldnervermögen sollte nunmehr einem Verwalter zukommen, der durch das Gericht zwar vorläufig eingesetzt werden konnte, jedoch durch die Gläubigerversammlung bestätigt werden musste. Die Reform wurde damit begründet, dass die Insolvenzrichter angesichts fehlender Sachkenntnis zu einer Formalisierung der Verfahren gezwungen waren – „sei es auch nur, um sich selbst vor dem Regreß zu hüten“¹⁸² – und dies nicht den materiellen Interessen der Gläubiger entsprach.¹⁸³ Gleichzeitig stellen bereits die Materialien zur Konkursordnung von 1877 feinsinnig fest, es verdiene „Erwähnung, daß in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen die Wahl des Verwalters den Gläubigern freigegeben ist, dieselbe erfahrungsgemäß fast ohne Ausnahme lediglich eine Bestätigung der einstweiligen Ernennung des Gerichts ergibt. Diese Thatsache dürfte beweisen, daß der Streit um eine Erweiterung der Gläubigerrechte, so lebhaft derselbe zuweilen geführt worden, auf diesem Gebiete von mehr theoretischer, als praktischer Bedeutung ist.“¹⁸⁴ Da die Palette der Einflussmöglichkeiten der Gläubiger über die Wahl des Verwalters hinausgeht, kann diese Aussage nicht auf die Gläubigerselbstverwaltung als Grundsatz des Insolvenzrechts übertragen werden. Sie ist jedoch bereits ein vorsichtiger Hinweis auf Zweifel an der Leistungsfähigkeit von Gläubigerautonomie, die sich in den folgenden 150 Jahren teilweise festigen lassen.

Im Anschluss an die schuldnerschützende Geschäftsaufsicht der Zeit des ersten Weltkrieges,¹⁸⁵ wird Gläubigerautonomie als Prinzip der Gesetzgebung wieder in den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts bei der Einführung einer Vergleichsordnung virulent. Trotz lauter Forderungen aus der Wirtschaft entscheidet sich der Gesetzgeber gegen die volle Übertragung der Verantwortlichkeit für das Verfahren auf die Gläubiger und doch für eine weitreichende Gläubigerautonomie.¹⁸⁶ Auch in Österreich entschied man sich in Anlehnung an das deutsche Recht für eine weitergehende Stärkung der Gläubigerselbstverwaltung.¹⁸⁷ Die Hoffnungen, die damit verbunden waren, erfüllten sich nicht.¹⁸⁸ So erklärt sich die paradox anmutende Schlussfolge-

¹⁸⁰ *Simon*, Preußisches Concurs-Recht, S. 1.

¹⁸¹ Bei der Verwalterbestellung wurden die Gläubiger nur angehört, vgl. *Simon*, Preußisches Concurs-Recht, S. 61.

¹⁸² Für die Preußische Konkursordnung: *Goldammer* (Hrsg.), Kommentar und Materialien KO, S. 22; noch heute wird dieser Vorwurf erhoben, vgl. *Fürst*, DZWIR 2006, 499.

¹⁸³ Motive KO (1874), S. 309.

¹⁸⁴ Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, Bd. II, S. 10.

¹⁸⁵ Einen kompakten Überblick bietet: *Flessner*, Sanierung und Reorganisation, S. 10 f.

¹⁸⁶ Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf VO 1926, Allg. Begründung a.E.; Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf VO, 1933, S. 43 f.

¹⁸⁷ Österreichisches Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Entwurf Ö VO, 1933, S. 32.

¹⁸⁸ Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf VO, 1933, S. 44.

rung des Entwurfes zur Vergleichsordnung von 1933, zur Stärkung der Gläubiger habe man deren Autonomie reduziert.¹⁸⁹

Es dauerte 55 Jahre bis sich der Gesetzgeber wieder über sein Verhältnis zur Gläubigerselbstverwaltung im Insolvenzverfahren äußert. In den Vorarbeiten zur Insolvenzordnung wurde auf eine Stärkung der Gläubigerposition durch Erweiterung der Autonomie hingewirkt.¹⁹⁰ So wurde postuliert, dass „privatautonome Entscheidungen ein höheres Maß an wirtschaftlicher Effizienz verbürgen als die hoheitliche Regulierung wirtschaftlicher Abläufe.“¹⁹¹ Die Prägung des Insolvenzrechts durch die Autonomie der Gläubiger¹⁹² wurde seither nicht mehr in Frage gestellt.¹⁹³ Nach der heutigen Gestalt des Insolvenzrechts ist dieser Befund sicherlich richtig. Eine Wesensimmanenz oder sonstige zwingende Ausrichtung des Insolvenzrechts festzustellen, wäre mit Blick auf das dargelegte Auf und Ab in der deutschen Insolvenzrechtsgeschichte allerdings verfehlt.

III. Gläubigerautonomie in ausländischen Insolvenzverfahren

Die Zielvorgabe des deutschen Gesetzgebers, eine Stärkung der Gläubigerautonomie zu erreichen, ist auch bei Betrachtung ausländischer Insolvenzrechte nicht selbstverständlich. Die Genese ausländischer Insolvenzordnungen zeigt Entwicklungslinien der Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren, die teilweise parallel zur deutschen Entwicklung verlaufen, die sich aber auch teilweise trennen oder – wieder – annähern. Die Beobachtung dieser Auslandsrechte kann dabei wertvolle Hinweise liefern, wie tief die Verwurzelung der Gläubigerautonomie im Insolvenzrecht reicht.

¹⁸⁹ Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf VO, 1933, S. 44.

¹⁹⁰ Etwa: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Begründung zu den einzelnen Vorschriften, S. 46: „In einem Verfahren, dessen vorrangiges Ziel die Befriedigung der Gläubiger ist, [muss] eine so entscheidende Frage wie die Auswahl des Verwalters der Mitbestimmung der Gläubiger unterliegen.“; S. 57: „Aus der Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren folgt auch, daß die Gläubigerversammlung im Grundsatz berechtigt ist, über die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses zu bestimmen ...“.

¹⁹¹ Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 17.

¹⁹² Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Begründung zu den einzelnen Vorschriften, S. 53: „Bei einem von der Autonomie der Gläubiger geprägten Verfahren ist es angemessen, daß der Insolvenzverwalter bei Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Rechnung legt ...“.

¹⁹³ Siehe etwa zuletzt zum Konzerninsolvenzrecht: BT-Drs. 18/407, S. 22, 31, 36; einmütig in den Kommentaren: Prütting, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 5 Rn. 81; Pape, in: Uhlenbruck InsO, § 1 Rn. 13.

Es existieren einige wenige internationale Untersuchungen über die Entwicklung der Insolvenzrechte und ihre Auswirkungen auf das Ergebnis der Verfahren.¹⁹⁴ Dabei wird teilweise der Versuch unternommen, die Stärke der Gläubigerposition in den verschiedenen Rechtsordnungen numerisch zu quantifizieren. Es gilt dabei als schwierig, eine Verbindung zwischen einem leistungsfähigen Insolvenzrecht und einem gesunden Wirtschaftssystem herzustellen.¹⁹⁵ Studien, die sich daran versuchen, kommen zwar nicht zu einheitlichen Ergebnissen, ermöglichen aber doch einen Blick auf die Tendenz des Zusammenhangs von Gläubigerautonomie und Insolvenzquote.¹⁹⁶

Gläubigerautonomie ist kein international gängiger Terminus.¹⁹⁷ Das beruht in einigen Rechtsordnungen auf einem abweichenden Gebrauch des Autonomiebegriffs, in anderen auf der untergeordneten Bedeutung der Gläubigerbeteiligung. Vor dem Hintergrund ausländischer Terminologie ist es richtig, den Einfluss der Gläubiger auf Gläubigerrechte zu reduzieren. Die Typologie autonomen Gläubigerhandelns nach deutschem Verständnis ist dabei zwar in allen Insolvenzrechten vergleichbar. Die Intensität der Eingriffsrechte weicht jedoch aufgrund unterschiedlicher wirtschaftlicher Erfahrungen in der Vergangenheit stark voneinander ab. In allen Rechtsordnungen, die im Folgenden dargestellt werden, wird oder wurde den Gläubigern in gewissem Umfang Einfluss auf das Verfahren eingeräumt. Einen vollständigen Ausschluss der Gläubiger durch ein reines Amtsverfahren gab es in den untersuchten Rechtsordnungen nicht. Allerdings ändert sich die Intensität der Beteiligungsmöglichkeiten über Ländergrenzen und Epochen hinweg. Nutzt man die Kontrollfunktion¹⁹⁸ der Auslandsrechte, so lässt sich zum einen erschließen, welche Bestandteile der Gläubigerbeteiligung für eine umfassende Haftungsverwirklichung ausschlaggebend sind, zum anderen kann die Rolle der Gläubigerautonomie als insolvenzrechtliches Prinzip geklärt werden.

Die Auswahl der Rechtsordnungen beruht auf dem Dualismus zwischen *common law*, hier vertreten durch England und die USA, und *civil law*. Die Rechtsordnungen des bürgerlichen Rechts unterteilen sich nach überwiegender Ansicht wiederum in einen romanischen, einen germanischen und einen skandinavischen Stamm,¹⁹⁹ denen

¹⁹⁴ Etwa *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998); *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008); stark tendenziös zugunsten des französischen Rechts *Sgard*, *European Review of Economic History* 2006, 389.

¹⁹⁵ So *Balz*, 23 *Brook. J. Int'l L.* 167 (1997), 169.

¹⁹⁶ Siehe dazu S. 66 ff.

¹⁹⁷ Während in der deutschen Literatur der Begriff häufig verwendet und als feststehendes Prinzip kolportiert wird, findet er sich ansonsten nur selten. In der dänischen Literatur etwa bei *Munch-Petersen*, *Skifteretten*, S. 167: „Kreditorautonomi“.

¹⁹⁸ *Zweigert*, *RabelsZ* 1949/50, 5, 17 f.

¹⁹⁹ Die Abstammung des skandinavischen Rechts vom römischen Recht ist schwächer als die des französischen oder deutschen: *Merryman*, *Civil Law Tradition*, S. 5; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, S. 271.

mit Frankreich, Deutschland und der skandinavischen Gruppe aus Dänemark, Norwegen, Schweden und Finnland hier Rechnung getragen wird.

Im Folgenden werden einleitend die bereits angestrebten Versuche vorgestellt, einen internationalen Vergleich der Insolvenzrechte zu ermöglichen. Die darauf folgenden Länderberichte sollen es abschließend ermöglichen, einen eigenen Schluss zu ziehen.

1. Leximetrische Bewertung des Autonomieniveaus der Gläubiger in verschiedenen Rechtsordnungen

Die Quantifizierung und der Vergleich von Gläubigerrechten verschiedener Länder fällt schon deshalb nicht leicht, weil sich durch die Abhängigkeit der insolvenzrechtlichen Regelungen von anderen Rechtsgebieten die konkreten Rechte oft nicht bestimmen lassen und zudem die Zielgruppe der Gläubiger weniger homogen ist als etwa die der Anteilseigner einer Aktiengesellschaft. Den ersten Versuch, diesen Schwierigkeiten zu trotzen und die Intensität der Gläubigerrechte in mehreren Rechtsordnungen zu bestimmen und in Verhältnis zu setzen, unternahmen *La Porta, Lopez-de-Silanes, Shleifer* und *Vishny* (LLSV) bereits 1998.²⁰⁰ Untersucht wurden die Gläubigerrechte anhand der Positivkriterien eines nicht automatischen Vollstreckungsverbotes, der bevorzugten Befriedigung besicherter Gläubiger, besonderer Beschränkungen für die Reorganisation der Schuldnerin und der Diskontinuität des Managements. In einem sog. leximetrischen Verfahren²⁰¹ addierten LLSV die binären Ergebnisse der einzelnen Kriterien. Maximal konnten damit 4 Punkte erreicht werden. Die Kriterien der LLSV-Untersuchung sind für die Beurteilung der Gläubigerautonomie nur bedingt geeignet. Ausnahmslos adressieren sie Aspekte, deren Einhaltung nicht zwangsläufig ein höheres Maß an Gläubigerautonomie verbürgt, sondern die entweder ihrerseits bereits eine bestimmte Gläubigergruppe benachteiligen oder aber so spezifisch sind, dass eine Reihe an Alternativen dasselbe oder sogar ein höheres Niveau an Gläubigerrechten bereitstellen. Das bedeutet nicht, dass die Kriterien nicht geeignet sind, zumindest eine Tendenz in den unterschiedlichen Rechtsordnungen auszuloten. Für Deutschland gelangen LLSV etwa zu einem Ergebnis von 3 Punkten, für Frankreich von 0 und für das Vereinigte Königreich zu einem Ergebnis von 4 Punkten.

Zusätzlich zu der Kritik an den Kriterien, können auch die Messergebnisse allein keine Aussage über die Leistungsfähigkeit der Insolvenzrechte treffen. Denn räumt die Rechtsordnung den Gläubigern viel oder wenig Autonomie ein, bedeutet dies nicht zwangsläufig einen Niederschlag in den Insolvenzergebnissen, sondern kann auch auf andere Ziele gerichtet sein. So stellen LLSV fest, ärmere Staaten erfüllten

²⁰⁰ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998), passim.

²⁰¹ Siehe zur Begrifflichkeit: *Lele/Siems*, 7 J. Corp. L. Stud. 17 (2007).

die angesetzten Kriterien häufiger als reichere.²⁰² Sie vermuten den Grund in der leichteren Finanzierung von Investitionen, wenn ein hohes Maß an Gläubigerrechten gewährt wird, und damit in einer steuerungspolitischen Idee. Abseits solcher Beobachtungen wird aber die Insolvenzquote selbst mit den Messergebnissen nicht in Verhältnis gesetzt. Neben die rechtstheoretischen Indikatoren der bloßen Gläubigerberechtigung müssen daher noch solche Kennzahlen treten, die einen Blick auf die wirtschaftliche Effektivität der Insolvenzrechte ermöglichen.

Einen Versuch unternahmen *Davydenko* und *Franks* 2008 mit der Frage „Do Bankruptcy Codes Matter?“.²⁰³ Sie verglichen Parameter der Schuldner-Gläubiger-Beziehung in Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich. Dabei gelangt die Studie zu dem Ergebnis, es gebe einen Zusammenhang zwischen den nationalen Insolvenzregelungen und den Insolvenzquoten. So brachte das eher gläubigerfeindliche Recht Frankreichs selbst bei hohen Besicherungen von durchschnittlich 104 %²⁰⁴ des Wertes der Verbindlichkeit trotzdem die niedrigste Befriedigungsquote mit 56 % für gesicherte Gläubiger hervor.²⁰⁵ Deutschland lag bei einer Besicherung von 41 %²⁰⁶ bei einer mittleren Insolvenzquote von 67 %²⁰⁷. Das Vereinigte Königreich schließlich lag bei einer durchschnittlichen Besicherung von 62 %²⁰⁸ und einem Insolvenzergebnis von 92 %²⁰⁹. Gleichzeitig wurden diese Ergebnisse mit den Befriedigungsquoten bei Restrukturierungen in Verhältnis gesetzt. Diese lagen länderübergreifend bei Werten zwischen 76 % und 83 %.²¹⁰ In einer Zusammenschau mit dem Index von LLSV stellen auch *Davydenko* und *Franks* fest, dass stärkerer Gläubigerschutz und weitergehende Gläubigerrechte positiv mit dem Insolvenzergebnis der Länder korrelieren.²¹¹ Soweit deckt sich ihre These mit dem Tenor der deutschen Gesetzesmaterialien.

In Anlehnung an LLSV wurde am *Centre for Business Research* an der Universität Cambridge 2006 der CBR Creditor Protection Index (CProtI) erstellt, der ein größeres Spektrum an Parametern zur Feststellung des Gläubigerschutzniveaus be-reithält. Dabei wird der Gläubigerschutz unterteilt, sodass sich aus der großen Bandbreite der Gläubigerschutzvorschriften einzelne Parameter zur Gläubigerberechtigung in der Insolvenz separieren lassen. Der CProtI nutzt vier Kriterien, die jeweils nicht nur binär bewertet werden können, sondern auch Zwischenschritte

²⁰² Länder mit dem geringsten Brutton sozialprodukt (untere 25 % der untersuchten Länder), *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998), 1133 und 1139.

²⁰³ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), passim.

²⁰⁴ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 578.

²⁰⁵ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 578.

²⁰⁶ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 578.

²⁰⁷ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 581.

²⁰⁸ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 578.

²⁰⁹ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 581.

²¹⁰ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 584.

²¹¹ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 581.

erlauben, sodass sich das Ergebnis um Dezimalstellen konkretisieren lassen kann. Berücksichtigt werden das Schutzniveau der Gläubiger bei den Möglichkeiten zur Verfahrenseinleitung, die Vollstreckungshindernisse für gesicherte Gläubiger, die Entscheidungshoheit der Gläubiger über den Fortbestand der Schuldnerin und die Nachrangigkeit bestimmter gesicherter Gläubigergruppen.

Seit 2014 unternimmt auch die Weltbank den Versuch, die Gläubigerrechte zu kartieren. Sie verfolgt dabei ebenso einen leximetrischen, wenn auch – wie LLSV – nur binären Ansatz mit vier Kriterien. Berücksichtigt wird die Teilhabe der Gläubiger an der Wahl des Insolvenzverwalters, die Zustimmungsbedürftigkeit bei Veräußerungen wesentlicher Vermögenswerte, die Zugänglichkeit von Informationen über den Schuldner und die Rechtsschutzmöglichkeiten der Gläubiger gegenüber gerichtlichen Entscheidungen über die Verität ihrer Forderungen. Dadurch ergibt sich der Creditor Participation Index (CPartI), der jährlich erhoben wird.²¹²

Mithilfe von CProtI und CPartI lässt sich der Zugang von *Davydenko/Franks* weiterhin nutzen. Zwar ist zu dem hier verfolgten Zweck nicht geboten, einen neuen Datensatz auszuwerten.²¹³ Doch kann die Plausibilität der Ergebnisse von *Davydenko/Franks* anhand der CProtI/CPartI-Werte in Relation zu den durch die Weltbank ermittelten Insolvenzquoten besicherter Gläubiger überprüft werden. CProtI und CPartI bewerten beide nicht ausschließlich die konkreten Handlungsmöglichkeiten der Gläubiger im Insolvenzverfahren. Da jedoch drei der vier Kriterien des CProtI auf diese Frage gerichtet sind, kann der CProtI im weiteren Verlauf der Untersuchung herangezogen werden, um zumindest eine Tendenz der Rechtsordnungen ausmachen zu können.

Das deutsche Recht gilt als gläubigerfreundlich. Neben dem erläuterten LLSV-Wert von 3 Punkten²¹⁴ bescheinigt auch der CPI dem deutschen Recht einen hohen Wert von 3,25 Punkten²¹⁵, der CPartI einen Wert von 3 Punkten²¹⁶. Im Folgenden werden die Insolvenzrechte der untersuchten Länder mit einem Fokus auf die Gläubigerrechte dargestellt. Anschließend werden die Ergebnisse mithilfe der nationalen durchschnittlichen Insolvenzquoten ausgewertet, um den Zusammenhang zwischen Gläubigerautonomie und Insolvenzergebnis überprüfen zu können. Dabei soll auch das bereits in Deutschland erreichte Niveau beurteilt werden.

²¹² Abrufbar unter: tcdata360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

²¹³ *Davydenko/Franks* hatten 2.280 kleine und mittelständische Unternehmen untersucht, die Kreditkunden bei zehn großen Banken in Deutschland, England und Frankreich waren, siehe: *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), 573.

²¹⁴ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998), 1137.

²¹⁵ Centre for Business Research, University of Cambridge, CBR Extended Creditor Protection Index (2009) Nr. 8.

²¹⁶ World Bank, Doing Business Report 2017, Germany, S. 93.

2. England

Das englische Konkursrecht gilt als das gläubigerfreundlichste Europas.²¹⁷ Bis zu dieser Ausrichtung hat es eine bewegte Entwicklung durchgemacht. Wie erwähnt unterliegen dabei die Regelungen zum Insolvenzrecht nicht den Prinzipien des *Common Law*, sondern sind weitgehend kodifiziertes Recht.²¹⁸ Lediglich bei verbundenen Rechtsgebieten wie dem der dinglichen Sicherungsrechte gelangt man wieder in den Wirkungskreis des *Common Law*.²¹⁹

Das englische Recht bezieht die Gläubiger traditionell stark in das Konkursverfahren ein und zeigte in seinen Ursprüngen besondere Härte gegenüber dem Schuldner.²²⁰ Dies brachte im 18. Jahrhundert mitunter zweifelhafte Erscheinungen hervor, wie etwa die dauerhafte Einkerkierung des Schuldners nach Belieben schon eines einzigen Gläubigers.²²¹ *Joseph Chamberlain* beklagte diese Situation als „*no other than chaos*“.²²² Nachdem 1825 jedoch bereits das Recht des Schuldners zur Einleitung des Konkursverfahrens eingeführt worden war, wurde 1831 auch der Einfluss der Gläubiger durch die Einführung eines *Official Assignees* zum Zwecke der Masseverwaltung moderat eingeschränkt.²²³ Der *Official Assignee* war Teil des Londoner Konkursgerichts, dem *Court of Bankruptcy*, der 1883 im *High Court* aufging,²²⁴ und konnte zusätzlich zu einem durch die Gläubiger bestellten *Assignee* behördlich eingesetzt werden.²²⁵ S. 23 des *Bankruptcy Act 1831* (auch bekannt als *Lord Brougham's Act*²²⁶) stellte zwar heraus, dass der *Official Assignee* nicht ermächtigt war, den Verwaltungsentscheidungen des Gläubiger-*Assignee* zuwider zu handeln.²²⁷ Gleichwohl führte der Eingriff staatlicher Akteure zu Missbrauch und

²¹⁷ *Davydenko/Franks*, 63 J. Fin. 565 (2008), passim; *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998), 1136 f.

²¹⁸ *Jones*, Transactions of the American Philosophical Society 1979, 1, 8; *Schiller*, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Insolvenzrecht in Europa, England und Wales, Rn. 25. Bis zum ersten *Bankruptcy Act 1542* unter der Herrschaft von Henry VIII. bestimmte sich das Konkursverfahren noch nach *common law*, wonach Vollstreckung auch in den Körper des Schuldners möglich war. Dieses Recht zeigte sich als völlig ungeeignet für die Bedürfnisse des Handelsverkehrs im 16. Jahrhundert, vgl. *Holdsworth*, A History of English Law, Bd. 8, S. 231 f.

²¹⁹ *Schiller*, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Insolvenzrecht in Europa, England und Wales, Rn. 25.

²²⁰ *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 7.

²²¹ Vgl. *Cork*, Report Insolvency Law, S. 17; *Finch/Milman*, Corporate Insolvency Law, S. 11 f.

²²² Zitat aus der zweiten Lesung des Gesetzes nach: *Chalmers/Hough*, The Bankruptcy Act, 1883, Introduction, S. 8.

²²³ *Cork*, Report Insolvency Law, S. 18.

²²⁴ Vgl. s. 93 (1.) *Bankruptcy Act 1883*.

²²⁵ Chap. 1 s. 4 (2.) The Law and Practice of the Court of Bankruptcy (1&2 Wm 4 c 56) (= *Bankruptcy Act 1831*).

²²⁶ Vgl. *Chalmers/Hough*, The Bankruptcy Act, 1883, Introduction, S. 8.

²²⁷ Chap. 1 s. 4 (2.) *Bankruptcy Act 1831*.

Korruption: Es war den Schuldnern möglich, die Konkursverfahren vor Gericht derart zu verzögern, dass die Gläubiger oftmals die geringe – vom Schuldner angebotene! – Insolvenzquote akzeptieren mussten, um nicht durch einen schleichenden Massenschwund letztlich leer auszugehen. Dieses gläubigerschwächende Intermezzo fand 1869 schließlich mit der Abschaffung des *Official Assignees* sein Ende.²²⁸ Die Gesetzesreform reduzierte das Konkursverfahren auf die Akteure zweier Seiten: Schuldner und Gläubiger.²²⁹ Die Gläubiger wählten nun einen *Trustee*. Als fiduziarischer Eigentümer²³⁰ der schuldnerrischen Vermögensgegenstände war er befugt, die Verität der Forderungen zu überprüfen, das Geschäft des Schuldners fortzuführen und es ganz oder teilweise zu veräußern.²³¹

Nach nur vierzehn Jahren schwang das Beteiligungsspendel wieder in die entgegengesetzte Richtung, angestoßen von Missbrauch durch kleine Gläubigergruppen und dem daraus folgenden Argwohn gegenüber dem autonomiegeprägten System.²³² Es entstand der *Bankruptcy Act* von 1883, dessen grundlegende Prinzipien heute noch immer fortwirken. Nun wurde ein *Official Receiver* eingesetzt, der gerichtlicher Aufsicht unterlag und durch den staatlichen *Board of Trade* eingesetzt wurde, s. 66 (1.) *Bankruptcy Act 1883*. Er konnte mit der Überprüfung der Forderungen und der Verwaltung des Schuldnervermögens betraut werden, s. 68 (1.) *Bankruptcy Act 1883*. Zudem war ein von den Gläubigern eingesetzter *Committee of Inspection* vorgesehen, dessen Aufgabe in der Überwachung des *trustee* bestand, s. 22 (1.) *Bankruptcy Act 1883*. Der *trustee* wurde nach wie vor ebenfalls durch die Gläubiger gewählt und hatte weitreichenden Handlungsspielraum, den er mit Zustimmung des *Committee* voll ausschöpfen konnte und der im *Bankruptcy Act* enumerativ festgelegt war, vgl. ss. 50, 56, 57 *Bankruptcy Act 1883*. Gleichzeitig erstattete er dem *Official Receiver* Bericht über die Lage des Schuldners und ermöglichte ihm Zugang zu den Büchern.

Diese Art der Beteiligung der Gläubiger fand bemerkenswerterweise nicht auf registrierte Gesellschaften Anwendung, s. 123 *Bankruptcy Act 1883*. Hier galten die Vorschriften zum gerichtszentrierten *Winding Up*-Verfahren nach ss. 74 ff. *Companies Act 1862*. Die sowohl gegenüber den Gläubigern wie auch gegenüber den einlagepflichtigen Gesellschaftern, sog. *Contributories*, unabhängigen Liquidatoren sollten hier eine vermittelnde und die Abwicklung fördernde Wirkung entfalten.²³³

Das 1883 erreichte Maß der Gläubigerbeteiligung hat das englische Insolvenzrecht weitgehend beibehalten. Drei eigenständige Verfahren stehen – nunmehr auch

²²⁸ Lovesy, The Bankruptcy Act, 1869, Introduction, S. 4 f.; Cork, Report Insolvency Law, S. 18.

²²⁹ Lovesy, The Bankruptcy Act, 1869, Introduction, S. 7; Cork, Report Insolvency Law, S. 18.

²³⁰ Kohler, Konkursrecht, S. 58, 98.

²³¹ Lovesy, The Bankruptcy Act, 1869, S. 8.

²³² Vgl. Schiller, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Insolvenzrecht in Europa, England und Wales, Rn. 5; Cork, Report Insolvency Law, S. 19.

²³³ Kohler, Konkursrecht, S. 59.

– einer Gesellschaft in finanziellen Schwierigkeiten offen: *Administration*, *Scheme of Arrangement* und *Liquidation*. Das *Administrative Receivership*, das es insbesondere den durch *Floating Charges* gesicherten Gläubigern ermöglichte, einen Verwalter zu bestellen, der die Kontrolle über das Unternehmen an sich zog, wurde durch den *Enterprise Act 2002* stark eingeschränkt und für *Floating Charges* ganz untersagt.²³⁴

In der *Administration* wird den Gläubigern durch den *Administrator* ein Plan über den Verlauf des Verfahrens vorgelegt, der von diesen mit einfacher Mehrheit angenommen werden muss.²³⁵ Zwar sind Anpassungen nicht ohne Zustimmung des *Administrator* möglich. Doch ist in der Regel mit einer Verständigung zwischen Gläubigern und *Administrator* vor der Gläubigerversammlung zu rechnen. Andernfalls trägt das Gericht dem *Administrator* die Neuerarbeitung eines Plans auf oder es beruft ihn von seinem Amt ab.

Bei *Schemes of Arrangement*, die sich entweder nach ss. 859–901 *Companies Act 2006* richten oder aber als *Company Voluntary Agreements* (CVA) nach den ss. 1–7B des *Insolvency Act 1986*, bedarf eine Annahme durch die Gläubigerversammlung der Zustimmung 75 % der abstimmenden und anwesenden Gläubiger.²³⁶ Auffällig ist hierbei, dass CVAs nicht solche Gläubiger binden, die keine Kenntnis von der Gläubigerversammlung hatten.²³⁷

Die *Liquidation* – oder das *Winding Up* – schließlich scheidet sich in *Creditors' Voluntary Liquidations* und *Compulsory Liquidations*. Die freiwillige *Liquidation* beruht dabei auf einem Beschluss der Anteilseigner des Unternehmens. Daraufhin wird eine Gläubigerversammlung einberufen, der es zum einen obliegt, einen Liquidator zu bestellen, zum anderen, ein sog. *Liquidation Committee* einzusetzen, das sich im Wesentlichen aus Gläubigerrepräsentanten rekrutiert.²³⁸ Das *Committee* wird mit der Überwachung des Liquidators betraut, während dieser das Vermögen des Unternehmens verwertet, die Gründe für das Scheitern der Unternehmung untersucht und Forderungen überprüft. Die *Voluntary Liquidation* ist die häufigste Form des Insolvenzverfahrens.²³⁹

Die *Compulsory Liquidation* ist die einzige Möglichkeit der Gläubiger, ein *Winding Up* zu erwirken. Daneben kann die gerichtliche Anordnung des Verfahrens auch auf Anträge der Geschäftsführer, Anteilseigner oder – mit Einschränkungen – auf das *Department of Trade and Industry* zurückgehen. Zwar wird durch den Beschluss des Gerichts automatisch der *Official Receiver* zum *Liquidator*, doch können

²³⁴ *Finch/Milman*, Corporate Insolvency Law, S. 20; *Keay/Walton*, Insolvency Law, S. 53 ff.

²³⁵ Zur *administration*: *Schiller*, in: Kindler/Nachmann (Hrsg.), Insolvenzrecht in Europa, England und Wales, Rn. 41 ff.

²³⁶ Vgl. für den CVA r. 1.19 (1) Insolvency Rules 1986; in Fällen der ss. 895–901 CA gilt s. 899 (1) CA.

²³⁷ Vgl. s. 5 (1) (b) (ii) Insolvency Act 1986.

²³⁸ *Finch/Milman*, Corporate Insolvency Law, S. 23; *Keay/Walton*, Insolvency Law, S. 302.

²³⁹ *Finch/Milman*, Corporate Insolvency Law, S. 23.

die Gläubiger weiterhin einen erfahrenen Insolvenzverwalter an seine Stelle setzen.²⁴⁰

Trotz der Einschränkungen für die Gläubiger bei der Einleitung des Verfahrens, zeichnet sich das englische Insolvenzrecht im Ergebnis durch eine hohe Flexibilität aus, die den Gläubigern in unterschiedlicher Weise auch informelle Möglichkeiten der Einflussnahme eröffnet. Dass dies genutzt wird, zeigt sich in der hohen Akzeptanz der *Schemes of Arrangement*. Sie verbinden Teile der Entscheidungshoheit über den Fortbestand der Forderungen mit der Kontrolle über die Vermögensmasse. Sie legen den Schwerpunkt der Gläubigerbeteiligung jedoch auf eine privatautonome Lösung und weniger auf eine besondere Gläubigerberichtigung als Einfluss auf den Verfahrensablauf. Die *Creditor's Committees* unterstützen die Kontrolle über die Vermögensmasse und können zugunsten der privatautonomen (Neu-)Verhandlungen Informationsdefizite der Gläubiger ausgleichen. Die Bewertungen des englischen Insolvenzrechts durch LLSV liegen dementsprechend hoch bei 4 Punkten²⁴¹, durch den CProtI bei 2,75 Punkten²⁴² und den CPartI bei 2 Punkten²⁴³.

3. Exkurs: Scheme of Arrangement

Soeben wurden *Schemes of Arrangement* als Möglichkeit der Einflussnahme durch Gläubiger nach englischem Recht benannt. Sie sind kein spezifisch insolvenzrechtliches Instrument und verdienen gerade deshalb größere Aufmerksamkeit, denn ihr Funktionsmechanismus entspricht dem bereits angesprochenen²⁴⁴ privatautonom gleichberechtigten Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, das Vorteile für die Krisenbewältigung verspricht.

Schemes of Arrangement (*Schemes*) gelten als flexibles Mittel zur Restrukturierung von Unternehmen, die in die Krise geraten sind.²⁴⁵ Gleichwohl sind *Schemes* nicht auf diesen Zweck beschränkt, sondern können Abreden jedes erdenklichen Inhalts zwischen Gläubigern und Anteilseignern auf der einen und der Gesellschaft auf der anderen Seite zum Gegenstand haben.²⁴⁶ Sogar der Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft ist im Wege der *Schemes* möglich.²⁴⁷

²⁴⁰ *Finch/Milman*, Corporate Insolvency Law, S. 23; *Keay/Walton*, Insolvency Law, S. 60 ff.

²⁴¹ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998), 1136.

²⁴² Centre for Business Research, University of Cambridge, CBR Extended Creditor Protection Index (2009) Nr. 24.

²⁴³ Abrufbar unter: tcdata360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

²⁴⁴ Siehe oben, S. 46.

²⁴⁵ *Finch/Milman*, Corporate Insolvency Law, S. 409; *Payne*, Schemes of arrangement, S. 1, 175.

²⁴⁶ Vgl. *Payne*, Schemes of arrangement, S. 1; *Swierczok*, Scheme of Arrangement und Rezeption, S. 36; typischer Inhalt ist etwa die Forderungsstundung oder der Teilerlass von Forderungen sowie debt equity swaps, *Petrovic*, ZInsO 2010, 265.

²⁴⁷ Dann allerdings mit höheren Anforderungen an die notwendigen Mehrheiten, *Payne*, Schemes of arrangement, S. 57 f.

Schemes werden regelmäßig durch diejenige Vertragspartei entworfen und mit den anderen Parteien abgestimmt, die auch bei Gericht den verfahrenseinleitenden Antrag auf Einberufung einer Gläubiger- oder Gesellschafterversammlung stellen.²⁴⁸ Darin besteht der erste Schritt auf dem Weg zu einem *Scheme*. Es kann beantragt werden, Gläubiger, Gesellschafter oder einzelne abgrenzbare Gruppen dieser beiden Kategorien in eine Versammlung einzuberufen.²⁴⁹ Solche Anträge können von der Gesellschaft selbst ausgehen, aber auch von den Gläubigern oder Gesellschaftern und nicht zuletzt vom *Liquidator* oder *Administrator*.²⁵⁰ Die letzte Möglichkeit ist dann relevant, wenn sich die Gesellschaft in Liquidation oder *Administration* befindet (sog. eingebettete *Schemes*²⁵¹); Verfahrensarten, die kein Ausschlusskriterium für ein *Scheme* darstellen. Die Einleitung eines Insolvenzverfahrens öffnet durch ein Moratorium sogar ein Zeitfenster, das bei der Entwicklung eines *Scheme* hilfreich sein kann.

Der vorgeschlagene *Scheme* kann von einer einfachen Kopfmehrheit der Gläubiger oder Gesellschafter angenommen werden und für alle anderen Mitglieder der entsprechenden Gruppe bindend werden, wenn die befürwortende Mehrheit finanziell mit mindestens 75 % am Gesamtvolumen der Gruppe beteiligt ist, sog. *Cram Down*.²⁵² Gleichzeitig übernimmt das Gericht eine wichtige Kontroll- und Lenkungsfunktion.²⁵³ Bedeutsam ist hier etwa die Prüfung der Gruppenbildung auf unbillige Einbeziehung oder Auslassung bestimmter Gläubiger oder Gesellschafter. Abschließend ist es auch das Gericht, das nach einer Anhörung der Parteien dem *Scheme* zustimmen muss und damit eine letztinstanzliche Kontrollfunktion ausfüllt (*Sanctioning of the Scheme*).²⁵⁴

Wichtigster Anwendungsfall der *Schemes* im insolvenzrechtlichen Kontext²⁵⁵ sind die *Creditor Schemes of Arrangement* mit dem Gegenstand der Schuldenrestrukturierung.²⁵⁶ Dabei spielt es keine Rolle, ob das Unternehmen tatsächlich noch

²⁴⁸ *Swierczok*, *Scheme of Arrangement und Rezeption*, S. 37.

²⁴⁹ *Companies Act 2006*, s. 896 (1).

²⁵⁰ Dazu und zu den Möglichkeiten „feindlicher“ Anträge, *Payne*, *Schemes of arrangement*, S. 29.

²⁵¹ So die Wortwahl bei *Swierczok*, *Scheme of Arrangement und Rezeption*, S. 28 f., der auch auf die Abrenzung zu *insolvent schemes* hinweist. Darunter sind *Schemes* zu verstehen, die insolvent sind, bei denen aber noch kein förmliches Insolvenzverfahren anhängig ist. Dies ist auch in Deutschland denkbar, aber durch § 15a I, IV InsO für die Geschäftsleiter pflichtwidrig und strafbewährt.

²⁵² *Companies Act 2006*, s. 899 (1).

²⁵³ *Payne*, *Schemes of arrangement*, S. 80.

²⁵⁴ *Payne*, *Schemes of arrangement*, S. 68 ff.

²⁵⁵ Gleichwohl wird nicht zwischen insolventen und solventen *Schemes* unterschieden: [2010] CSIH 6; zustimmend *Payne*, *Schemes of arrangement*, S. 177.

²⁵⁶ Sie sind auch der ursprüngliche Anwendungsbereich der *Schemes*, wie er in den Anfängen im *Joint Stock Companies Arrangement Act 1870*, vorgesehen war, vgl. *Finch/Milman*, *Corporate insolvency law*, S. 409; *Payne*, *Schemes of arrangement*, S. 175.

solvent oder bereits insolvent ist. Dass *Schemes* somit auch außerhalb eines förmlichen Verfahrens zur Verfügung stehen und etwa eine Schuldenrestrukturierung ermöglichen, ist ihr entscheidender Vorteil gegenüber dem deutschen Insolvenzplan. Mit dem *Cram Down* in einem *Scheme* umschiffen Unternehmen die Klippe, die ihnen in einigen wenigen dissentierenden Gläubigern entgegensteht. Dieser Mechanismus steht zwar auch nach dem Insolvenzplanverfahren zur Verfügung, § 244 Abs. 1 InsO, doch kommt die Hilfe oft zu spät, weil sich das Haftungssubstrat entgegen dem Gläubigerinteresse bereits unter die Schwelle der Insolvenzantragspflicht verringert hat und der obendrein schädigende Reputationsverlust der Insolvenzeröffnung eingetreten ist. Einige deutsche Unternehmen haben daher in der Vergangenheit das englische Recht genutzt, um ihre Schulden zu restrukturieren.²⁵⁷ Dabei genügte es den englischen Gerichten für eine Zuständigkeitsbegründung bereits, wenn in den Darlehensverträgen eine Rechtswahlklausel zugunsten englischen Rechts enthalten war.²⁵⁸ Gleichzeitig werden die Gerichte jedoch nur dann tätig, wenn die *Schemes* im Zielland auch anerkannt werden.²⁵⁹ Nach herrschender Meinung ist dies innerhalb der EU nach Art. 2 lit. a i.V.m. Art. 36 EuGVVO der Fall.²⁶⁰ Durch die Entscheidung der Britischen Bevölkerung vom 23. Juni 2016, die Europäische Union zu verlassen, steht diese Anerkennung zukünftig infrage. Es wird wohl nur für solche bereits angesprochenen Forderungen noch zu einer Anerkennung über die Grundsätze internationalen Privatrechts nach Rom I-VO kommen, die dem englischen Recht unterliegen.²⁶¹

Auf dem Europäischen Festland hat man den Wert eines außerinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens erkannt.²⁶² Am 22. November 2016 hat die Europäische Kommission den Vorschlag für eine Europäische Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen²⁶³ vorgelegt, über den seither beraten wird. Unter den hier entwickelten Vorzeichen²⁶⁴ ist eine Vertragsanpassung zwischen Schuldner und Gläubiger außerhalb des insolvenzrechtlichen Subordinationsverhältnisses der vielversprechendste Weg für eine marktkonforme und damit letztlich auch erfolg-

²⁵⁷ So etwa *Tele Columbus*, *Rodenstock*, *Primacom*, *Monier*, *Apcoa* oder *CBR Fashion*.

²⁵⁸ So in *Re Rodenstock GmbH* [2011] EWHC 1104 (Ch); *Re Primacom Holding GmbH* [2012] EWHC 164 (Ch).

²⁵⁹ *Re Global Garden Products Italy SpA* [2016] EWHC 1884 (Ch).

²⁶⁰ *Sax/Swierczok*, ZIP 2017, 601, 602; *Eidenmüller/Frobenius*, WM 2011, 1210, 1217; *Kusche*, Anerkennung des Scheme of Arrangement, S. 126; *Mankowski*, WM 2011, 1201, 1205; *Mäsch*, IPRax 2013, 237; *Petrovic*, ZInsO 2010, 265, 267 f.; *Thole*, ZGR 2013, 109, 162.

²⁶¹ *Sax/Swierczok*, ZIP 2017, 601, 603; *Thole*, ZGR 2013, 109, 147.

²⁶² Schon das ESUG ist mit Blick auf Unternehmens-Emigration zu Sanierungszwecken entworfen worden, siehe BT-Drs. 17/5712, S. 1.

²⁶³ Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU, COM(2016) 723 final, 2016/0359(COD).

²⁶⁴ Zu den Ergebnissen siehe S. 81 f.

reiche Sanierung. Der Kompromiss einer Gruppenbildung, um das Sanierungsverfahren durch Individualverträge nicht zweckwidrig zu verlängern, ist ein Eingriff in die negative Vertragsfreiheit der dissentierenden Gläubiger. Er ist aber auch notwendige Bedingung für die positive Vertragsfreiheit der Gläubigermehrheit in einer finanziellen Notlage des Schuldners. Damit ist auch festgestellt, dass *Schemes of Arrangement* ein reaktives Instrument der Gläubigerbeteiligung sind und damit zu einem späteren Zeitpunkt ansetzen als *Covenants*, auf die gleichfalls noch ein Schlaglicht zu werfen ist.²⁶⁵

Der Brexit mag zwar keinen Anlass für Beschleunigung des Gesetzgebungsverfahrens auf europäischer oder nationaler Ebene geben, aber doch die Motivation stärken, einen stabilen vorinsolvenzlichen Sanierungsrahmen zu schaffen.

4. USA

Das amerikanische Konkursrecht steht in der englischen Tradition. Die erste bundeseinheitliche Kodifizierung, der *Bankruptcy Act* von 1800, folgte fast vollständig dem damaligen englischen Modell.²⁶⁶ Ähnlich wie sein Vorbild war auch das amerikanische Konkursrecht Gegenstand häufiger Reformen. Ein Ausschuss des *House of Commons* benannte in einem Bericht 1875 direkt die Probleme, die mit der intensiven Gläubigerbeteiligung einhergingen und attestierte, das Recht sei „bad in the fundamental principle of administration by paid officers selected by the creditors, making the administration as costly and insecure as possible, by throwing it into the hands of thousands of irresponsible agents.“²⁶⁷ Dennoch änderte sich an dem maßgeblichen Einfluss der Gläubiger auch durch den *Bankruptcy Act 1898*, der bis 1978 Geltung hatte, wenig.²⁶⁸ Weiterhin wählten allein die Gläubiger einen *Trustee*, der unter Aufsicht der Gerichte und des Gläubigerausschusses mit der Verwaltung der Vermögensmasse betraut war.²⁶⁹ Damit blieb das Niveau der Gläubigerbeteiligung weitgehend erhalten. Was sich allerdings änderte und mitunter Anlass zu harscher

²⁶⁵ Dazu unten, S. 62 ff.

²⁶⁶ *Countryman*, 81 Com. L. J. 226 (1976), 228; *Leibell*, 9 Fordham L. Rev. 380 (1940), 382; *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 6, 12.

²⁶⁷ Siehe *Countryman*, 81 Com. L. J. 226 (1976), 230.

²⁶⁸ Der Act von 1898 war nach 1800, 1841 und 1867 der vierte Anlauf, das Konkursrecht der Vereinigten Staaten einheitlich zu regeln. Zwischen 1878 und 1898 galt wieder das Recht der Einzelstaaten. Vgl. hierzu *Kohler*, Konkursrecht, S. 62; *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 23.

²⁶⁹ Durch den Bedeutungsgewinn der Eisenbahn, die für ihre Betreiber mit erheblichen finanziellen Risiken verbunden war, entstand auch das öffentliche Interesse, in Notlagen den Zusammenhalt der Vermögensmasse zu gewährleisten. In diesen Fällen wurde kein *trustee* zur Vermögensverwertung eingesetzt, sondern im Verfahren des *equity receiverships* ein *receiver* mit der Veräußerung im Ganzen oder einer Planerstellung betraut. Durch den verstärkten Schutz vor eigenmächtigem Gläubigerhandeln nach der *Great Depression* in den 30er Jahren des 19. Jahrhunderts, wurde diese Verwertungsform nutzlos. Vgl. hierzu: *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 28.

Kritik gab, war die Reduzierung der Hürden für die Restschuldbefreiung.²⁷⁰ Diese erheblich verbesserte Position des Schuldners sollte in späteren Reformen, insbesondere 1933²⁷¹ und 1938 im sog. *Chandler Act*²⁷² wieder reduziert und die zunächst deutlich gemilderte Sanktionierung wieder geschärft werden.²⁷³

Aus der Gläubigerperspektive kann bei dieser Entwicklung kaum eine Veränderung festgestellt werden. Zwar wurde den Gläubigern die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners erschwert. Dass darunter die faktische und gleichmäßige Haftungsverwirklichung gelitten hätte, lässt sich aber nicht feststellen. Positiv wirkte sich hingegen aus, dass bereits 1934 in s. 77B *Bankruptcy Act 1898* die Möglichkeit eröffnet wurde, mit einer Zweidrittelmehrheit in der Gläubigerversammlung einem Insolvenzplan zuzustimmen und damit auch die ablehnenden Gläubiger zu binden.²⁷⁴ Zuvor waren die an dem Plan interessierten Gläubiger oftmals gezwungen, die widerspenstigen – meist – Kleingläubiger auszuzahlen.²⁷⁵ Diese faktische Ungleichbehandlung der Gläubiger wurde nun verringert. Hinzu kommt, dass die Gläubiger im Verfahren der Planerstellung vom *Trustee* über dessen Arbeitsstand unterrichtet werden mussten und ihre Vorschläge direkt an ihn herantragen konnten.²⁷⁶

Achtzig Jahre blieb der *Bankruptcy Act* von 1898 in Kraft. Erst 1978 wurde er durch den *Bankruptcy Code* ersetzt, der bis heute Gültigkeit hat. Danach wird der *Trustee* im Liquidationsverfahren des *Chapter 7* und im Eigenverwaltungsverfahren nach *Chapter 11* des *Bankruptcy Code* weiterhin von den Gläubigern gewählt.²⁷⁷ Begegnet das konkrete Verfahren dem Problem geringer Gläubigerbeteiligung²⁷⁸, wird der *Trustee* durch den *U.S. trustee* eingesetzt.²⁷⁹ Lediglich in Verfahren nach den *Chapter 12* und *13* ist keine Wahl durch die Gläubiger vorgesehen. Den Gläubigerausschüssen hatte der Kongress 1977 die Rolle der „*primary negotiating bodies*“ für Restrukturierungspläne zugeordnet.²⁸⁰

²⁷⁰ *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 24.

²⁷¹ *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 28.

²⁷² Dazu ausführlich: *Leibell*, 9 Fordham L. Rev. 380 (1940), passim.

²⁷³ *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5 (1995), 27.

²⁷⁴ Vgl. *Rogers* (Hrsg.), 1935 Annual Cumulative Supplement to *Collier on Bankruptcy*, S. 77B, S. 800 f.

²⁷⁵ *Leibell*, 9 Fordham L. Rev. 380 (1940), 393.

²⁷⁶ *Collier/Gilbert* (Hrsg.), *Collier on Bankruptcy*, S. 164 ff.

²⁷⁷ Vgl. 11 U. S. Code § 702 (b); 11 U. S. Code § 1104 (b) (1).

²⁷⁸ Darauf hinweisend: *Blum*, *Bankruptcy*, S. 494.

²⁷⁹ Vgl. 11 U.S. Code § 702 (d) i.V.m. § 701 (a) (1); 11 U. S. Code § 1104 (c).

²⁸⁰ *Gwyne*, 14 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 109 (2006), 110.

Trotz des rechtlichen Rahmens wird nach gängiger Praxis in Verfahren nach *Chapter 11* kein *Trustee* eingesetzt.²⁸¹ Seine Funktionen werden durch den Schuldner als *Debtor in Possession* erfüllt.²⁸² Dessen Kontrolle übernimmt der *Creditors' Committee*, der nach *11 U.S. Code* § 1102 (a) (1) so schnell wie möglich und für alle Verfahren durch den *U.S. Trustee* eingesetzt werden soll und der sich aus ungesicherten Gläubigern zusammensetzt. Nach Bedarf können auch andere Gläubigergruppen einbezogen werden. Dadurch, dass sich insbesondere in kleineren Verfahren die Gläubiger eher zurückhalten, fällt es oft schwer, die *Committees* zu besetzen. So erklärt sich der angesichts des Regelungsrahmens geringe Anteil von 40 % solcher Verfahren, in denen tatsächlich ein *Committee* eingesetzt wird.²⁸³ Der 2014 veröffentlichte Bericht der Reformkommission des *American Bankruptcy Institute* empfiehlt, die Pflicht zur Einsetzung eines solchen Gläubigerausschusses bei kleinen und mittelständischen Unternehmen entfallen zu lassen und zusätzlich dem Gericht die Möglichkeit zu eröffnen, auch in übrigen Fällen von der Einsetzung eines Ausschusses abzusehen.²⁸⁴ Die Kommission trifft dabei eine Abwägung zwischen den möglichen Vorteilen der Einbeziehung von Gläubigern und der finanziellen Belastung für die Insolvenzmasse, wenn der Ausschuss das Verfahren mit taktischen Manövern unnötig verzögert und verteuert.²⁸⁵ Kleine und mittelständische Unternehmen (*Small and Medium-Sized Enterprises*, SMEs) werden dabei definiert als solche, bei denen die Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten 10 Millionen USD nicht überschreiten.²⁸⁶ Aus deutscher Perspektive verwundert dieser Vorstoß nicht. Die Pflicht zur Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses besteht nach deutschem Recht nur dann, wenn die Schwellenwerte des kleinen Unternehmens iSd § 167 Abs. 1 HGB, die in § 22a Abs. 1 Nr. 1 InsO abgebildet sind, erreicht werden.²⁸⁷ Die entsprechende Bilanzsumme muss mindestens 6 Millionen EUR betragen. Im eröffneten deutschen Verfahren entscheiden schließlich die Gläubiger, ob sie den Fortbestand eines Ausschusses für sinnvoll erachten. Somit zeigen die Vorschläge der Kommission hier in Richtung des deutschen Modells, das in wenigen ausgesuchten Fällen eine Einsetzungspflicht eines – dann sogar nur – vorläufigen Ausschusses vorsieht.

²⁸¹ *Harner/Marincic*, 64 Vand. L. Rev. 747 (2011), 761; spektakuläre Fälle, durch die diese Praxis teilweise in heftige Kritik geraten ist, waren die Insolvenzen von *Enron*, *Worldcom*, *Global Crossing* und *Adelphia*. Siehe hierzu *Siemon/Harder*, NZI 2016, 434, 435.

²⁸² *Blum*, Bankruptcy, S. 111.

²⁸³ *LoPucki*, 57 Am. Bankr. L.J. 99 (1983), 100; auf den geringen Anteil verweisen auch: *Zipes/Lambert*, 77 Am. Bankr. L. J. 229 (2003), 240.

²⁸⁴ *American Bankruptcy Institute*, Final Report, S. 38; nach geltendem Recht kann das Gericht nach *11 U. S. Code* S. 1102 (a) (3) 11 nur bei kleinen Unternehmungen von der Einsetzung eines Ausschusses absehen. Andernfalls musste nur dann kein Ausschuss eingesetzt werden, wenn sich nicht genügend Gläubiger zur Teilnahme fanden, vgl. *Harner/Marincic*, 64 Vand. L. Rev. 747 (2011), 777.

²⁸⁵ *American Bankruptcy Institute*, Final Report, S. 42.

²⁸⁶ *American Bankruptcy Institute*, Final Report, S. 279.

²⁸⁷ Siehe hierzu unten, S. 109 f.

Bemerkenswert ist der Vorstoß, durch ein *Valuation Information Package* in Zukunft allen Gläubigern in gleichem Maße Zugang zu Informationen über den Schuldner zu gewähren.²⁸⁸ Um nicht die Sorge des Schuldners vor Verbreitung von Unternehmensinterna zu einem Hemmschuh für das *Chapter 11*-Verfahren werden zu lassen, sollen die Informationen nur so weit gehen, wie das Unternehmen sie selbst bereits vor Insolvenzantragsstellung an Dritte weitergegeben hat.²⁸⁹ Dies soll einer Informationsasymmetrie zwischen den Gläubigern vorbeugen.

Es bleibt festzuhalten, dass Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren nach US-amerikanischem Insolvenzrecht bemerkenswert schwach ausgeprägt ist. Ein Antragsrecht auf Einleitung des Verfahrens, geregelt in den 11 *U.S. Code* § 301 – § 303, steht den Gläubigern nur in sehr engem Umfang zu und nur für Schuldner, die nicht etwa wirtschaftlich tätige Unternehmen sind. Die Entscheidungshoheit über den Fortbestand der Schuldnerin liegt nicht bei den Gläubigern. Im Liquidationsverfahren nach *Chapter 11* kommt dem *Creditors's Committee* eine ausschließlich beratende Aufgabe zu. Auch die Kontrolle über die Vermögenswerte behalten die Gläubiger nur mittelbar über die Einsetzung eines *Committees*. Der Vorschlag zu einem VIP kann hier möglicherweise unterstützend wirken, birgt aber auch das Risiko der Preisgabe vertraulicher Unternehmensinterna. Der Fortbestand der Forderungen schließlich steht individuell selbstverständlich den einzelnen Gläubigern zu. Kollektiv kann über den Fortbestand von Forderungen entschieden werden, wenn zwei Drittel einem Restrukturierungsplan nach *Chapter 11* zustimmen.

Mit diesem Profil erreicht das US-Recht einen niedrigen LLSV-Indexwert von 1.²⁹⁰ Nach dem CProtI werden die USA mit 2 Punkten bewertet²⁹¹, nach dem CPartI mit relativ hohen 3 Punkten²⁹². Durch die vorgeschlagene weitere Beschränkung des Pflichtausschusses würde die Gläubigerautonomie weiter reduziert.

5. Exkurs: Covenants

Diese verhältnismäßig schwache Stellung der Gläubiger nach US-amerikanischem Insolvenzrecht ruft Kautelarjuristen auf den Plan, die präventiv Darlehensverträge mit Schutzklauseln zugunsten der Gläubiger versehen. Diese sog. *Covenants* haben ihre Wurzeln im englischen Recht,²⁹³ entwickelten sich jedoch vor allem

²⁸⁸ American Bankruptcy Institute, Final Report, S. 47.

²⁸⁹ American Bankruptcy Institute, Final Report, S. 47.

²⁹⁰ *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, 106 J. Polit. Econ. 1113 (1998), 1136.

²⁹¹ Centre for Business Research, University of Cambridge, CBR Extended Creditor Protection Index (2009) Nr. 25.

²⁹² Abrufbar unter: tadata360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

²⁹³ Zu den Anfängen der *Covenants*, die im frühen 13. Jahrhundert liegen: *Fifoot*, History and sources, S. 255 ff.; siehe geschichtskursorisch auch *Runge*, Covenants in Kreditverträgen, S. 5 ff.

in der anglo-amerikanischen Rechtspraxis²⁹⁴ zu dem prominenten Vertragsinstrument, das sie heute auch im deutschen Rechtsverkehr sind.²⁹⁵ Sie ermöglichen die vorinsolvenzliche und insolvenzunabhängige Einflussnahme der Gläubiger auf den Schuldner und statten die Gläubiger mit zusätzlichen Informationsrechten aus. Früher noch als die oben beschriebenen *Schemes of Arrangement* wirken *Covenants* bereits ab Vertragsschluss und entfalten damit eine stärker präventive Funktion.

Covenants sind zusätzliche Kautelen eines Kreditvertrages zur Absicherung der Hauptleistungspflicht.²⁹⁶ Sie dienen der Verminderung des Ausfallrisikos²⁹⁷ und nutzen dabei unterschiedliche Wirkungskanäle. So wird zwischen *Financial* und *Non-Financial Covenants* unterschieden.²⁹⁸ Während *Financial Covenants* dem Schuldner die Einhaltung bestimmter Finanzkennzahlen auferlegen, enthalten *Non-Financial Covenants* zusätzliche Pflichten für die Art und Weise der Geschäftsleitung. Dazu zählen etwa Berichtspflichten, die über das gesetzliche Maß hinausgehen, oder spezielle Informationspflichten zugunsten der Gläubiger.²⁹⁹ Es handelt sich somit nicht um klassische Kreditsicherheiten, die im Insolvenzfall direkten Zugriff auf das Schuldnervermögen oder privilegierte Befriedigung daraus ermöglichen.³⁰⁰ Ziel ist es vielmehr, den Schuldner engmaschig darauf überprüfen zu können, ob seine Geschäftstätigkeit die Rückzahlung des Kredits gefährdet.

Das Spektrum möglicher Klauselinhalte ist erwartungsgemäß breit. *Negative Pledge*-Klauseln etwa bestimmen, dass die schuldnerischen Vermögensgegenstände nicht zugunsten Dritter mit Sicherheiten belastet werden dürfen.³⁰¹ Gleichstellungsklauseln können einen Anspruch begründen, die gleichen Sicherheiten, die zugunsten Dritter bestellt wurden auch dem klauselverwendenden Kreditgeber zu bestellen.³⁰² Mit sog. *Pari Passu*-Klauseln will der Kreditgeber erreichen, dass seine

²⁹⁴ Vgl. *Matri*, *Covenants*, S. 4; *Merk*, ZGR 2004, 305, 313; *Kästle*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 23.

²⁹⁵ *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald (Hrsg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 3 Rn. 19 f.; *Runge*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 9.

²⁹⁶ *Kästle*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 23; *Renner/Schmidt*, ZHR 2016, 522, 525.

²⁹⁷ *Kästle*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 28 f.

²⁹⁸ So etwa bei *Renner/Schmidt*, ZHR 2016, 522, 526; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt HGB, (7) Bankgeschäfte Rn. H/7; mit dem Hinweis auf die unterschiedliche Klassifizierung und weitere Einteilung: *Drukarczyk/Schöntag*, in: Gottwald (Hrsg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, § 3 Rn. 20; siehe außerdem *Matri*, *Covenants*, S. 32 ff.; *Runge*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 10 ff.

²⁹⁹ *Renner/Schmidt*, ZHR 2016, 522, 526.

³⁰⁰ Vgl. *Runge*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 6.

³⁰¹ *Mucke*, WM 2006, 1804; *Runge*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 10 m.w.N.; *Kästle*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 58.

³⁰² *Runge*, *Covenants* in Kreditverträgen, S. 16; *Merkel/Richrath*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, § 98 Rn. 109 f.

Forderung im Insolvenzfall mit den übrigen Forderungen ranggleich gestellt ist.³⁰³ Hervorzuheben sind auch *Material Adverse Change*-Klauseln, in denen Umstände bestimmt werden, unter denen der Kreditgeber den Kredit zu kündigen berechtigt ist.³⁰⁴ Während diese Beispiele zu den *Non-Financial Covenants* gezählt werden, kann über *Financial Covenants* etwa bestimmt werden, dass ein festgelegtes Verhältnis zwischen Eigen- und Fremdkapital beibehalten werden muss, oder dass Dividendenzahlungen begrenzt bleiben.³⁰⁵

Die Vereinbarung solcher Nebenabreden setzt allerdings auch voraus, dass mit Sanktionsmechanismen einer Verletzung abgeholfen werden kann.³⁰⁶ Dabei liegt der Verdacht nahe, dass die übrigen Gläubiger durch *Covenants* ihrerseits leicht schlechtergestellt werden können, denn Maßnahmen wie etwa die zusätzliche Bestellung von Sicherheiten können sich auf das Haftungssubstrat der übrigen Gläubiger auswirken.³⁰⁷ Tatsächlich aber strahlen *Covenants* auch einen Drittschutz aus. Anders als Schemes of Arrangement wird dabei keine bilaterale Vereinbarung dritten Gläubigern auch gegen deren Willen gleichsam „übergestülpt“. Vielmehr hat die relative Wirkung zwischen den Vertragspartnern ganz automatisch auch eine – wenn auch indirekte, so doch schützende – Wirkung gegenüber den übrigen Gläubigern.³⁰⁸

Die daraus hervorgegangene Diskussion, ob *Covenants* eine effizientere, weil marktwirtschaftliche, Alternative zum klassischen Insolvenzrecht bieten können³⁰⁹, ist jedoch überoptimistisch. Zwar können auf den Schuldner zugeschnittene Klauseln für den Einzelfall die Effizienz und auch die Effektivität der Forderungsdurchsetzung erhöhen. Zudem können sich Gläubiger durch *Cross Default*-Klauseln, mit denen die eigene Kreditfähigkeit von Forderungsausfällen dritter Gläubiger abhängig gemacht wird,³¹⁰ in ein schützendes Klauselnetz mehrerer Gläubiger einweben. Doch bleiben kleinere Gläubiger dabei insofern auf der Strecke, als ihnen die Verwendung eigener Klauseln in der Regel nicht möglich sein wird,³¹¹ sodass *Covenants* kein Ersatz für ein (Unternehmens-)Insolvenzrecht sein können.

³⁰³ Runge, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 20; es wird insbesondere nicht verhindert, dass andere Darlehensforderungen mit Sicherheiten versehen werden, Wood, *International loans, bonds, guarantees, legal opinions*, Rn. 5-029.

³⁰⁴ Lange, NZG 2005, 454; Hinsch/Horn, *Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite*, Bd. 2, S. 9.

³⁰⁵ Runge, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 30 ff.; Kästle, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 62 ff.

³⁰⁶ Einen Überblick über die Sanktionsmechanismen bieten: Burger/Burchhart, *Finanz-Betrieb* 2001, 99, 100.

³⁰⁷ So auch: Renner/Schmidt, ZHR 2016, 522, 529; Matri, *Covenants*, S. 55.

³⁰⁸ Merkt, ZGR 2004, 305, 313 f.; Siegel, BFuP 1998, 593, 594.

³⁰⁹ Thießen, ZBB 1996, 19.

³¹⁰ Runge, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 62 f.; Kästle, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 78 f.

³¹¹ Thole, *Gläubigerschutz*, S. 46; Burger/Burchhart, *Finanz-Betrieb* 2001, 99.

Sie können aber ergänzend wirken und sind möglicherweise in der Lage eine Insolvenz abzuwenden. So entfalten bei einer Vielheit von Kreditbeziehungen mit entsprechenden *Covenants* die strengsten jeweils eine Disziplinierungswirkung zugunsten der übrigen Gläubiger.³¹² Die bereits angesprochenen *Cross Default-Klauseln* können durch eine „Lawine“³¹³ der Fälligestellung einen besonders hohen Druck auf den Schuldner ausüben, denn die Forderungen, durch deren Ausfall die Lawine losgetreten wird, müssen ihrerseits nicht mit *Covenants* versehen und können daher auch Forderungen weniger bedeutender Gläubiger sein. Es wird dann regelmäßig im Interesse des Einzelgläubigers sein, nicht den Covenant-Bruch zu sanktionieren, sondern gemeinsam mit den übrigen Gläubigern mit dem Schuldner in Verhandlungen zu treten.³¹⁴ Auch die *Negative Pledge-Klausel* entfaltet insbesondere gegenüber Kleingläubigern einen Drittschutz, indem die Aktiva des Schuldners unbelastet bleiben und damit keine Aus- oder Absonderungsrechte im Insolvenzfall die tatsächlich verteilungsfähige Masse reduzieren.

Damit Verstöße gegen solche *Covenants* für die Gläubiger auch erkennbar sind, werden die Klauseln von *Information Covenants* flankiert.³¹⁵ Doch ein *Covenant-Bruch* kann als Insiderinformation auch eine Ad-hoc-Publizitätspflicht des Schuldners nach Art. 17 Abs. 1 Marktmissbrauchsverordnung begründen.³¹⁶ Dadurch werden Krisenzeichen frühzeitig nach außen getragen und ermöglichen ein Eingreifen der Gläubigergesamtheit.

Diese schützende Drittwirkung von *Covenants* machen sie zu einem universal wirksamen vorinsolvenzlichen Gläubigerschutzmechanismus. Zwar handelt es sich dabei um Präventionsmaßnahmen, aber auch um eine Möglichkeit des direkten Gläubigereinflusses auf die Geschicke des Schuldners. Anders als bei der insolvenzrechtlichen Gläubigerbeteiligung beruht die Einwirkungsintensität jedoch auf privatautONOMEN Abreden und trägt damit dem Parteiinteresse Rechnung. Die verhältnismäßig schwache Gläubigerstellung im Insolvenzverfahren findet somit einen Ausgleich in einer vorgelagerten Stärkung durch *Covenants*. Auch im Umfeld eines gläubigerfreundlichen Insolvenzrechts, wie in Deutschland, werden die Vorteile von *Covenants* bereits nutzbar gemacht.

6. Frankreich

Der Begriff der Gläubigerautonomie im Sinne eines Prinzips des französischen Insolvenzverfahrens findet sich in der französischen Literatur nicht. Die Typologie

³¹² *Matri*, *Covenants*, S. 134.

³¹³ *Hinsch/Horn*, *Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite*, Bd. 2, S. 96.

³¹⁴ *Renner/Schmidt*, *ZHR* 2016, 522, 539.

³¹⁵ *Runge*, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 29; *Kästle*, *Covenants in Kreditverträgen*, S. 53; *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt HGB*, (7) Bankgeschäfte Rn. H/7.

³¹⁶ *Hopt/Kumpan*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski* (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch*, § 107 Rn. 62; *Renner/Schmidt*, *ZHR* 2016, 522, 542.

gläubigerselbstverwaltender Handlungsmöglichkeiten lässt indes Rückschlüsse darauf zu, welchen Stellenwert Gläubigerautonomie nach deutschem Verständnis im französischen Regelinsolvenzverfahren (*procédure de redressement judiciaire*) genießt. Das französische Recht steht in dem Ruf, dirigistisch und gläubigerfeindlich zu sein.³¹⁷ So sieht etwa Zierau das Verhältnis deutschen zu französischen Insolvenzrechts als Opposition von Autonomie und Autorität.³¹⁸ Dabei wurzelt das moderne deutsche Insolvenzrecht zu großen Teilen in Frankreich.

Dessen Konkursrecht gewährte schon im 17. Jahrhundert in der *Ordonnance pour le Commerce* von 1673 ein hohes Maß an Gläubigerautonomie.³¹⁹ Diese Grundhaltung setzte sich im napoleonischen *Code de commerce* von 1808 fort. Er enthielt den Regelungsrahmen für ein ehrenamtliches Repräsentationsorgan der Gläubiger, das sich aus ihrem Kreis rekrutieren sollte.³²⁰ Danach bestellte das Gericht aus einer Liste der Gläubiger einen oder mehrere vorläufige Syndizi,³²¹ die mit der Veräußerung der Insolvenzmasse betraut wurden.³²² Ausgesprochenes Ziel war dabei die Selbstverwaltung der Gläubiger in ihren eigenen Vermögensangelegenheiten.³²³ Diese Form der Interessenvertretung wurde allerdings von den forderungstarken Gläubigern zur Durchsetzung von Partikularinteressen ausgenutzt.³²⁴ Daher versuchte der Gesetzgeber 1838 mit einem Richtungswechsel in der Gesetzgebung, das Verfahren zu einer gerechteren Verteilung in einem zügigeren Prozess zu führen. Dies sollte unter anderem dadurch erreicht werden, dass ein Verwalter nunmehr nach

³¹⁷ Neumann, Gläubigerautonomie, S. 53, vgl. auch Hohloch, ZIP 1982, 1029, 1031 f.

³¹⁸ Zierau, Gläubiger im französischen Sanierungsverfahren, S. 270.

³¹⁹ Im elften Titel der *Ordonnance* wurde etwa die umfängliche Rechenschaftspflicht des Schuldners gegenüber den Gläubigern, Art. 2, oder die Hoheit der Gläubiger über die vermögensverwaltende Person bestimmt, Art. 9.

³²⁰ „Les créanciers, dès qu'ils sont connus, doivent intervenir dans le choix des homes chargés de leurs intérêts [...]“, *Locré*, *Esprit du Code de Commerce*, S. 15; *Weil*, in: *Europarat* (Hrsg.), *La faillite et la liquidation judiciaire*, S. 41.

³²¹ Art. 480 Liv. III *Code de commerce* (1807); siehe auch: *Bauer*, *Insolvenzplan*, S. 176.

³²² Art. 492 Liv. III *Code de commerce* (1807).

³²³ Insbesondere wurde von der Einführung eines gerichtlich bestellten und überwachenden Kurators abgesehen. Zur Diskussion siehe: *Locré*, *Esprit du Code de Commerce*, S. 322. Die starke Position der Gläubiger findet ihren Reflex in der außerordentlich schwachen Schuldnerposition. Der napoleonische *Code de commerce* legte, wie auch schon das Recht der norditalienischen Handelsstädte, besonderen Schwerpunkt auf den Sanktionscharakter der Insolvenz. Vgl. hierzu ausführlich: *Gröniger*, *Das französische Insolvenzsystem*, S. 5 ff.; zu Frankreich, wo mit den harten Sanktionen insbesondere dem Spekulationstreiben der armeeversorgenden Händler Einhalt geboten werden sollte: *Coquery/Praquin*, *Histoire & Mesure* 2008, 43, 46; *Saint-Alary-Houin*, *Droit des entreprises en difficulté*, S. 9; zu Norditalien: *Gessner/Rhode/Strate/Ziegler*, *Konkursabwicklung*, S. 546; zur harten Sanktionierung in England mit Einkerberung nach Belieben der Gläubiger siehe schon oben, S. 53 f., sowie *Cork*, *Report Insolvency Law*, S. 14 f.

³²⁴ *Coquery/Praquin*, *Histoire & Mesure* 2008, 43, 47.

bloßer Anhörung der Gläubiger durch das Gericht bestellt wurde.³²⁵ Die Änderungen führten zu einer Umgehungskultur bei den Gläubigern zugunsten individueller Haftungsverwirklichung.³²⁶ Gleichwohl setzte sich eine Professionalisierung des Gläubigerrepräsentanten in der französischen Gesetzgebung fort.³²⁷ Nach geltendem Recht werden die Gläubiger durch ein besonderes Organ vertreten, das zum Zeitpunkt der Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens eingesetzt wird. Die Kandidaten für diese Aufgabe des sog. *représentant des créanciers* müssen in der Liste der für die Gläubiger tätigen Insolvenzverwalter (*mandataires liquidateurs*³²⁸) eingetragen sein, wodurch auch der *représentant des créanciers* ein organisiertes und kontrolliertes Amt ist.³²⁹ Die schwache Stellung der Gläubiger ist ein Merkmal des französischen Insolvenzzwecks. Primäres Ziel des Verfahrens ist nicht die bestmögliche Gläubigerbefriedigung, sondern der Erhalt des strachehlenden Unternehmens und die Sicherung der Arbeitsplätze.³³⁰ Um gleichwohl der „quasitotalen Verdrängung der Gläubiger“³³¹ entgegenzuwirken, wird den Gläubigern seit 1994 eine Möglichkeit zur direkten Einflussnahme zugestanden: Wenn nun ein Plan zur Fortführung des Unternehmens erstellt wird, können die Gläubiger die Vorschläge des *administrateur judiciaire*, der vornehmlich die Interessen des Schuldners wahrnimmt, zu Zahlungsaufschub oder Erlassvereinbarungen ablehnen.³³² Mag man auch den Unternehmenserhalt als zulässigen primären Insolvenzzweck beurteilen, so ist doch bemerkenswert, dass die Verfahrenseröffnung bei einem nach Zahlungseinstellung mutmaßlich zahlungsunfähigen Schuldner (*cesssation des paiements*) auch von den Gläubigern gefordert werden kann, deren Interessen im Folgenden schließlich nicht

³²⁵ Coquery/Praquin, *Histoire & Mesure* 2008, 43, 47; Lainné, *Commentaire Analytique*, S. 102 f., der allerdings betont, die bisherige Lösung habe ausreichenden Schutz für die Gläubiger geboten.

³²⁶ Coquery/Praquin, *Histoire & Mesure* 2008, 43, 48.

³²⁷ Vgl. Weil, in: Europarat (Hrsg.), *La faillite et la liquidation judiciaire*, S. 41; Zierau, *Gläubiger im französischen Sanierungsverfahren*, S. 267.

³²⁸ Im Gegensatz zum *administrateur judiciaire*, der zuvörderst die Interessen des Schuldnerunternehmens wahrnimmt, vgl. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, S. 227.

³²⁹ Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, S. 228; Cohen-Boulakia/de Dree, in: Schmitz (Hrsg.), *Rescue of companies*, S. 191; Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Tz. 284.

³³⁰ Vgl. Art. L620-1 Abs. 1 C. com.: „Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité et de l’emploi et l’apurement du passif.“; siehe zum Insolvenzzweck auch auch Blazy/Combiér, *La Défaillance d’Entreprise*, S. 22; Ulrich, *ZInsO* 2006, 64; Davydenko/Franks, 63 J. Fin. 565 (2008), 588; Deakin/Mollica/Sarkar, *Socio-Economic Review* 2016, 1, 7; im RegE zur InsO heißt es hierzu: „Ein Schutz der Arbeitsplatzinteressen gegen den Markt würde, auf Dauer gesehen, weder den Arbeitsmarkt entlasten noch die Beschäftigungsinteressen der Arbeitnehmer nachhaltig sichern.“, BT-Drs. 12/2443, S. 96; zur neuen Diskussion um europäische Pläne, den Insolvenzzweck an der Entschuldung des Unternehmens auszurichten: Gravenbrucher Kreis, *ZIP* 2017, 203.

³³¹ Derrida, in: *Procédures collectives*, S. 90.

³³² Cohen-Boulakia/de Dree, in: Schmitz (Hrsg.), *Rescue of companies*, S. 191.

primär verfolgt werden. Insoweit konsequent erscheint dann jedoch die – in Deutschland fehlende – Möglichkeit des Officialantrags als Ausdruck des staatlichen Schutzauftrags zugunsten des Unternehmensfortbestandes.³³³

Neben der institutionalisierten Repräsentation der Gläubiger durch die *mandataire judiciaire* kann seit 1994 auf Antrag der Gläubiger durch den zuständigen Richter (*juge-commissaire*) auch ein Kontrollausschuss eingesetzt werden, vgl. Art. L.621-10 C. com., der sich aus ein bis fünf Mitgliedern zusammensetzt. Der Kontrollausschuss hat keinen Einfluss auf den Gang des Verfahrens, sondern lediglich Zugang zu Informationen, die den übrigen Gläubigern andernfalls verschlossen bleiben würden. Die Anzahl von maximal fünf Mitgliedern gibt die Möglichkeit der Repräsentation aller relevanten Gläubigergruppen: Lieferanten, Kreditinstitute, privilegierte Gläubiger, Fiskus und ungesicherte Gläubiger.³³⁴ Dabei werden die Mitglieder aus den Reihen der antragenden Gläubiger ausgewählt.³³⁵

Eine bemerkenswerte Besonderheit der Gläubigerbeteiligung im französischen Insolvenzrecht zeigt sich in Art. L.622-20 Abs. 1 C. com., wonach die Kontrolleure bei Versäumnissen des *mandataire judiciaire* in begrenztem Rahmen selbst das Kollektivinteresse der Gläubiger wahrnehmen können. Dazu zählt etwa die Geltendmachung von Ansprüchen gegen Geschäftsführer.³³⁶ Der *mandataire judiciaire* muss allerdings zunächst erfolglos für zwei Monate in Verzug gesetzt worden sein.³³⁷ Die selbstständige Verfolgung von Ansprüchen zugunsten des Kollektivs erinnert an die französische *action sociale ut singuli* gem. Art. 1843-5 C. civ. und die entsprechende *actio pro socio* nach deutschem Gewohnheitsrecht, bei der allerdings eine verbandsrechtliche Verbindung zwischen den Berechtigten bestehen und auch die Forderung im Gesellschaftsverhältnis begründet sein muss.³³⁸ Die Zulässigkeit eines vergleichbar eigenständigen Vorgehens der Gläubiger im französischen Insolvenzrecht verdichtet die bloße Schicksalsgemeinschaft der Gläubiger zu einer vermögensrechtlichen Einheit zivilrechtlicher Natur.³³⁹ Dabei kann das tatsächliche Interesse der Gläubiger an der Haftungsverwirklichung durch das Partikularinteresse einzelner, deren personelle Legitimation nicht unbedingt auf die Gläubigergesamtheit zurückgeführt werden kann, überlagert werden. Diese Möglichkeit mutet

³³³ Dazu: Niggemann, in: MüKo InsO, Länderbericht Frankreich, Rn. 10.

³³⁴ Vallansan, *Difficultés des entreprises*, S. 70; Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Tz. 298.

³³⁵ Vallansan, *Difficultés des entreprises*, S. 70.

³³⁶ Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Tz. 300.

³³⁷ Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Tz. 300.

³³⁸ Zu *actio pro socio* und *action sociale ut singuli* ausführlich: Fleischer/Harzmeier, ZGR 2017, 239 ff.

³³⁹ Rechtsgeschichtlich kann möglicherweise die *masse des créanciers* als juristische Person und der *contrat d'union* des *Code de commerce* eine Erklärung für diesen abweichenden Umgang des französischen Rechts mit der Gläubigergesamtheit bieten. Die Sonderstellung Frankreichs bei der rechtlichen Einordnung der Gläubigergesamtheit hervorhebend: Motive zum Entwurf einer Gemeinschaftschuldordnung, Bd. I, S. 15.

im gerichtsorientierten französischen System paradox an, stellt doch das insofern eigenmächtige Handeln einzelner einen besonders starken Eingriff in die Sphäre anderer Gläubiger dar.

Die Gesamtschau der Gläubigerstellung im französischen Insolvenzverfahren ergibt das Bild eines einflussarmen und verdrängten Gläubigers. Der Drittantrag durch die Gläubiger wird entsprechend dem Primärzweck des französischen Insolvenzrechts – dem Erhalt des Unternehmensträgers – zu einem Sozialisierungsmechanismus, der die Forderungen privater Gläubiger zu wirtschaftspolitischen Zwecken instrumentalisiert. Wie beschrieben mildern institutionelle Gläubiger in Frankreich diesen Umstand durch die individuelle Einforderung eines höheren Sicherungsniveaus als etwa in Großbritannien oder Deutschland.³⁴⁰ Die gesetzliche Zurückstellung der Gläubiger im französischen Verfahren bedingt damit spiegelbildlich ein größeres Bedürfnis an individualvertraglicher Absicherung. Der LLSV-Wert liegt für Frankreich bei 0 Punkten, der CProtI bei 1,75 Punkten, der CpartI bei 1 Punkt³⁴¹. Alle Kennzahlen sind die niedrigsten der hier dargestellten Länder.

7. Skandinavien

In der aktuellen Gesetzgebung bemühen sich die skandinavischen Länder um einheitliche Lösungen.³⁴² Die oft kolportierte „Rechtsfamilie Skandinavien“³⁴³ splittert sich jedoch in vielen Fragen auf und es zeigen sich erhebliche Differenzen. Dies gilt auch für die Stellung der Gläubiger im Insolvenzverfahren, die in allen Ländern gleichermaßen stark wurzelte und sich dennoch sehr unterschiedlich entwickelt hat. Insbesondere das schwedische Recht beschritt einen Sonderweg in Skandinavien und hat heute die Beteiligungsmöglichkeiten der Gläubiger auf ein Minimum reduziert. Gleichzeitig belegt Finnland bei der Bewertung der Leichtigkeit von Insolvenzverfahren durch die Weltbank den ersten Platz³⁴⁴ und bietet dabei mit seiner Konkursordnung, wie im Folgenden gezeigt wird, einen besonders gläubigerfreundlichen Rechtsrahmen. So öffnet sich im skandinavischen Recht ein Miniaturenkabinett der Gläubigerbeteiligung.

³⁴⁰ Siehe bereits oben S. 51 ff.

³⁴¹ Abrufbar unter: [tcdata360.worldbank.org](https://data360.worldbank.org), zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

³⁴² Vgl. etwa *Bernitz*, 50 Sc. St. L. 13 (2007), passim; *ders.*, 39 Sc. St. L. 29 (2000), passim; *Kur*, GRUR Int 1979, 510.

³⁴³ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 270 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 97; *Kohler*, Entwicklung des schwedischen Zivilprozeßrechts, S. 7; *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 79.

³⁴⁴ The World Bank, Doing Business Report, Economy Profile 2017 Finland, S. 88.

a) *Schweden*

Der Konkurs nach schwedischem Recht vollzog 1862, wie wenige Jahre zuvor schon die preußische KO, den Wechsel vom schwedisch-finnischen,³⁴⁵ gerichts-zentrierten Verfahren nach gemeinrechtlichem Vorbild³⁴⁶ zum Liquidationsverfahren im Sinne des französischen Rechts³⁴⁷, um die „höchst schädliche Langsamkeit der Behandlung solcher Sachen bei Gericht“³⁴⁸ hinter sich zu lassen. Zwar bestand schon vorher überwiegend³⁴⁹ ein Recht der Gläubiger zur Einleitung des Verfahrens durch Klageerhebung,³⁵⁰ einen Einfluss auf den Gang des eingeleiteten Verfahrens gab es jedoch nicht. Nach dem neuen Recht aber wählten die Gläubiger einen oder mehrere Verwalter (*sysloman*), die der rechtlichen Kontrolle eines Ombudsmannes und dem Weisungsrecht der Gläubiger³⁵¹ unterlagen. Oftmals fehlte den Gläubigern jedoch die notwendige Befähigung zur eigenen Interessenwahrnehmung. Die Folge war, dass sich einzelne Personen berufsmäßig Vollmacht dazu erteilen ließen, die Rechte der Gläubiger wahrzunehmen, sich in der Folge selbst als Verwalter einsetzten, durch vorschnelle Kompromisse der Konkursmasse schaden und sich dabei bereicherten.³⁵² Es regte sich daher lauter werdende Kritik am gläubigerorientierten Verfahren, die bemerkenswerterweise im Einklang mit der zuvor geäußerten Kritik am prozessorientierten Verfahren stand: Der starke Gläubigereinfluss mache das Verfahren „schwerfällig und wirke in vielen Fällen einer zweckmäßigen Abwicklung entgegen“³⁵³. Die Beteiligung der Gläubiger an Verwaltungsentscheidungen wurde daher durch eine Reform im Jahr 1921 reduziert³⁵⁴ und 1979 schließlich vollständig abgeschafft.³⁵⁵ Auch der Verwalter wird nicht durch die Gläubiger gewählt.³⁵⁶ Das moderne schwedische Konkursrecht sieht somit keine Mechanismen vor, mit denen die Gläubiger auf den Gang des Verfahrens einwirken können. Allerdings wird in Kap. 7 § 9 Abs. 1 *Konkurslag* (Konkursgesetz) eine Pflicht des Verwalters festgelegt, auf Begehren der Gläubiger, Auskunft über den Gang des Verfahrens zu geben. Die Normierung eines kehrseitigen Auskunftsrechts der Gläubiger ist somit nicht not-

³⁴⁵ Zu den gemeinsamen Wurzeln: *Söderlund*, Konkursrätten, S. 95 ff.

³⁴⁶ Siehe oben, S. 41 ff.

³⁴⁷ *Olivecrona*, Konkursrätt, S. 7 f.; *Welamson*, Konkursrätt, S. 15; *Söderlund*, Konkursrätten, S. 112 ff.

³⁴⁸ Übersetzung des Autors nach: *Olivecrona*, Concurslagstiftningens Historia, S. 23.

³⁴⁹ Das schwedische Recht setzte sich aus vielen Stadtrechten zusammen, vgl. *Hasselberg*, Rättshistoria, passim.

³⁵⁰ Vgl. *Söderlund*, Konkursrätten, S. 96 Fn. 198.

³⁵¹ *Welamson/Mellqvist*, Konkurs, S. 85.

³⁵² Vgl. *Olivecrona*, Konkursrätt, S. 37 ff.; in Deutschland gab es ein ähnliches Phänomen der sog. „Konkursshyänen“, vgl. *Jaeger*, Lehrbuch, S. 75.

³⁵³ Übersetzung des Autors nach: Prop. 1978/79:105, S. 164.

³⁵⁴ *Gomard*, Skifteret, S. 272.

³⁵⁵ *Welamson/Mellqvist*, Konkurs, S. 85.

³⁵⁶ *Welamson/Mellqvist*, Konkurs, S. 86.

wendig, widersprüche aber wohl auch dem Duktus des verwalterzentrierten Verfahrens.

Anders als im französischen Recht kann dieser Ausschluss der Gläubiger nicht als Reflex eines schuldnorientierten Insolvenz Zwecks gewertet werden. Das Konkursgesetz nennt ausdrücklich und einzig die Gläubigerbefriedigung aus den Vermögenswerten des Schuldners als Ziel des Konkurses. Die damit zusammenhängenden Unterschiede im Insolvenzrecht werden durch den CProfl mit einem zu Frankreich 0,5 Punkte höheren Wert von 2,25 bewertet.³⁵⁷ In der geschilderten Rechtslage der Gläubiger ist dieser Wert falsch positiv und sicherlich Zeugnis der Schwächen leximetrischer Bewertungen. Auch der CPartI fällt mit 2 Punkten in das Mittelfeld.³⁵⁸

b) Finnland

In Finnland wurde die erste Kodifizierung des Konkursrechts in Anlehnung an das schwedische Vorbild 1868 eingeführt.³⁵⁹ Auch das finnische Konkursverfahren verfolgt den Zweck einer möglichst umfassenden Gläubigerbefriedigung.³⁶⁰ Dazu geht in dem Zeitpunkt des Insolvenzeintritts die Verfügungsgewalt über die Vermögensgegenstände des Schuldners auf die Gläubiger über. Sie wird durch einen gerichtlich bestellten Insolvenzverwalter ausgeübt, Kap. 1 § 1 *Konkurssilaki* (KL FIN).³⁶¹ Gleichzeitig hat sich der Stellenwert der Gläubigerbeteiligung im Verfahren erhalten. Die Gläubiger können selbstständig einen Gläubigerausschuss mit mindestens drei Mitgliedern einsetzen, der den Insolvenzverwalter berät und überwacht, Kap. 14 § 12 Abs. 1 KL FIN. Darüber hinaus können die Gläubiger Beschlüsse bezüglich der Verwaltung der Konkursmasse treffen, von denen der Konkursverwalter nicht abweichen darf, Kap. 14 § 8 KL FIN. Die ursprünglich eng verflochtenen Konkursrechte von Finnland und Schweden haben sich somit im Verlauf des 20. Jahrhunderts getrennt, wobei sich der finnische Gesetzgeber für ein höheres Maß an Gläubigerautonomie entschieden hat und sich daraus ein CPartI von 3 Punkten³⁶² ergibt.

c) Norwegen

Die dänisch-norwegische Rechtsentwicklung teilt zwar in geringem Umfang die schwedisch-finnische Rechtstradition, doch haben die Rechtsordnungen entgegen-

³⁵⁷ Centre for Business Research, University of Cambridge, CBR Extended Creditor Protection Index (2009) Nr. 21.

³⁵⁸ Abrufbar unter: tdata360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

³⁵⁹ Halila, Konkursrätten, S. 6.

³⁶⁰ Graf-Schlicker/Remmert, NZI 2003, 78.

³⁶¹ Vgl. Graf-Schlicker/Remmert, NZI 2003, 78, 79.

³⁶² Abrufbar unter: tdata360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

gesetzte Wege der Gläubigerbeteiligung eingeschlagen. Bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts gab es für Gläubiger keine Möglichkeit der selbstständigen Verfahrenseinleitung.³⁶³ Das norwegische wie auch das dänische Konkursrecht wurzelt in dem Verteilungsverfahren für die verbleibenden Vermögensgegenstände, wenn der Schuldner verstorben oder geflohen war.³⁶⁴ Da der Anstoß des Verteilungsverfahrens somit stets durch den Schuldner gegeben wurde, sah das dänisch-norwegische Recht auch kein Initiativrecht Dritter vor.³⁶⁵ Dies änderte sich mit dem am 6. Juni 1863 in Norwegen erlassenen Konkursgesetz. Nachdem sich schon „lange gezeigt hat, dass das Konkursgericht außerstande war, bedeutende Konkursfälle zufriedenstellend abzuwickeln“³⁶⁶, wurde nun die Gläubigerselbstverwaltung durch eine einflussreiche Gläubigerversammlung gestärkt.³⁶⁷ Die Kompetenzen des gleichfalls gesetzlich verankerten Gläubigerausschusses wurden 1899 sogar noch ausgebaut.³⁶⁸ Doch krankte nun das neue Gesetz an den gleichen Punkten wie das schwedische Recht: die Verwalterwahl war der einseitigen Beeinflussung durch besonders forderungsstarke Gläubiger ausgesetzt.³⁶⁹

Trotzdem hat sich das norwegische Insolvenzrecht nicht mit der schwedischen Härte zulasten der Gläubigerbeteiligung entwickelt. Die Gläubigerversammlung gilt auch heute noch als wichtigstes Organ des Konkursverfahrens.³⁷⁰ Ihre Beschlüsse sind für die Konkursverwaltung bindend, § 98 *Lov om gjeldsforhandling og konkurs (KL NO)*. Zudem kann das Konkursgericht den Verwalter anweisen, bestimmte Verwaltungsentscheidungen der Gläubigerversammlung zu Beschluss oder Stellungnahme vorzulegen, § 99 KL NO. Ein Gläubigerausschuss ist ebenfalls vorgesehen, § 83 KL NO. Dessen maximal drei Mitglieder werden nicht durch die Gläubigerversammlung gewählt, sondern durch das zuständige Gericht eingesetzt.³⁷¹ Sie nehmen gemäß § 88 KL NO die gemeinsamen Interessen der Forderungsinhaber wahr und, soweit dies mit den Gläubigerinteressen in Einklang gebracht werden kann, auch die Interessen der Arbeitnehmer und allgemeine gesellschaftliche Belange. Diese Interessenwahrnehmung soll vor allem durch Aufsicht der Verwaltung geschehen, vgl. § 88 KL NO.³⁷² Es können allerdings auch konkrete Anweisungen an die Konkursverwaltung erteilt werden, gegen die keine Rechtsmittel zur Verfügung stehen.³⁷³ Damit rechtfertigt sich der hohe CPartI von 3 Punkten.³⁷⁴

³⁶³ Hagerup, Konkurs, S. 10.

³⁶⁴ Hagerup, Konkurs, S. 10.

³⁶⁵ Vgl. Söderlund, Konkursrätten, S. 99.

³⁶⁶ Ot.prp. nr. 7 (1859–60), S. 16, 20.

³⁶⁷ Vgl. Huser, Gjeldsforhandling Bd. I, S. 59.

³⁶⁸ Huser, Gjeldsforhandling Bd. I, S. 65.

³⁶⁹ Hagerup, Konkurs, S. 16.

³⁷⁰ Wiker/Ro, Konkursloven, S. 347; Huser, Gjeldsforhandling Bd. II, S. 217.

³⁷¹ Wiker/Ro, Konkursloven, S. 304; diese Einschränkung des Gläubigereinflusses wurde mit der Gesetzesrevision von 1999 implementiert.

³⁷² Vgl. auch: Wiker/Ro, Konkursloven, S. 320.

³⁷³ Wiker/Ro, Konkursloven, S. 320.

d) Dänemark

In Dänemark lehnte sich die Einführung eines eigenen Konkursgesetzes 1872 stark an das norwegische Vorbild von 1863 an.³⁷⁵ Gleichzeitig konnte die Gläubigerbeteiligung in Dänemark wie auch in Norwegen eine größere Beständigkeit als im schwedischen Recht verzeichnen. So sah § 68 *Konkurslov* (KL DK) in den Fassungen von 1872 bis 1977 auch die Wahl eines Gläubigerausschusses durch die sog. *Skiftesamling*³⁷⁶, die Gläubigerversammlung, vor. Die nicht vergütete Aufgabe des Ausschussmitglieds umfasste die Begleitung der Verwalterarbeit und die Zustimmung zu wichtigen Maßnahmen, von denen die dringendsten in § 75 KL DK aufgezählt wurden. Dazu gehörten etwa die Versteigerung ausstehender Forderungen des Schuldners oder Vergleichsabschlüsse, die eine nominale Einbuße der Masse mit sich brachten. Doch auch in Dänemark, wenngleich merklich später als in Schweden, wurden die Selbstverwaltungsrechte der Gläubiger eingeschränkt. Begründet wurde dies gleichfalls mit den enttäuschten Erwartungen an eine starke *Kreditorautonomie*³⁷⁷ wegen langer und schwergängiger Verfahren.³⁷⁸ §§ 114, 115 KL DK sehen zwar nach wie vor die Wahl eines Gläubigerausschusses vor. Dieser übernimmt aber nur noch eine branchenspezifische Beratung des Verwalters und in geringem Umfang eine Kontrolle, die sich im Gesetz nur durch eine Informationspflicht des Verwalters gegenüber dem Ausschuss artikuliert, § 110 Abs. 3 KL DK. Dabei steht Letzterem weder ein Beschlussrecht noch ein Vetorecht über wichtige Verwaltungsmaßnahmen zu.³⁷⁹ Es ergibt sich ein CPARTI von 2 Punkten.³⁸⁰

e) Zwischenergebnis Skandinavien

Vier Länder zeigen vier Entwicklungen. Die eher gläubigerzentrierten Verfahren von Norwegen und Finnland stehen den stärker verwalterzentrierten Verfahren in Dänemark und Schweden gegenüber. Schweden bildet dabei das Schlusslicht bei der Beteiligung der Gläubiger. Die gemeinsam gewachsenen Konkursrechte des 19. Jahrhunderts haben sich getrennt und neu arrangiert. Allen nordischen Rechtsordnungen gemein ist jedoch die Abkehr von den frühen besonders stark gläubi-

³⁷⁴ Abrufbar unter: tcd360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

³⁷⁵ Gomard, Skifteret, S. 272.

³⁷⁶ Direkt übersetzt eigentlich „Erbengemeinschaft“; die terminologische Übertragung rührt daher, dass das Konkursrecht aus dem Erbrecht erwachsen ist.

³⁷⁷ Vgl. Munch-Petersen, Skifteretten, S. 167; eines der wenigen Beispiele für den Begriff der Gläubigerautonomie in ausländischen Rechtstexten.

³⁷⁸ Munch, Konkursloven af 1977, S. 444.

³⁷⁹ Vgl. Lindenchrone Petersen/Ørgaard, Konkursloven; S. 657; es besteht lediglich die Möglichkeit, eine mangelhafte Unterrichtung durch den Verwalter mit einem Antrag auf Einberufung einer Gläubigerversammlung zu ahnden, § 118 Abs. 1 KL, vgl. Paulsen, Insolvensret, S. 802.

³⁸⁰ Abrufbar unter: tcd360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

gerzentrierten Verfahren der französisch-deutsch inspirierten Konkursrechtskodifikationen.

8. Zwischenergebnis

Der Blick in die verschiedenen Rechtsordnungen zeigt eine heterogene Entwicklung der Gläubigerbeteiligung in europäischen und US-amerikanischen Insolvenzverfahren. Insbesondere in Frankreich, Schweden, Dänemark und den USA ist das Auf und Ab der Gläubigerautonomie in einer schwächeren Positionierung der Gläubiger zur Ruhe gekommen. England und Deutschland sowie die skandinavischen Staaten Norwegen und Finnland zeigen hingegen ein hohes Maß an Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren. Extreme Positionen wie das frühe englische Recht mit stark punitivem und personalexekutivem Charakter oder das staatszentrierte Verfahren des Gemeinen Rechts konnten jeweils keine befriedigenden Ergebnisse bei der tatsächlichen Haftungsverwirklichung erzielen. Dabei schien das Ergebnis der zahlreichen Reformen weniger die Verbesserung als mehr die bloße Abkehr vom Missstand zu sein: Weiterentwickelte Verfahrensrechte mit stärkerer Tendenz zur einen oder anderen Seite hatten jeweils nach wenigen Jahren oder Jahrzehnten eine hohe Missbrauchsanfälligkeit zu beklagen. Einzelne Gläubigergruppen nutzten die Gläubigerzentrierung zu ihren Gunsten; Schuldner nutzten Amtsverfahren zur Verschleppung der Generalexekution und provozierten dadurch den vollständigen Vermögensverfall. Auch der Sanktionsgedanke älterer Konkursrechte konnte mit Blick auf die Haftungsverwirklichung nicht überzeugen.

Wichtige Wendepunkte waren in allen Rechtsordnungen die Stärkungen der Schuldnerposition. Sie wurden erreicht durch die Normierung des Eigenantrags, die Abschaffung der Schuldnerhaft und die Erleichterung der Restschuldbefreiung. Auch erwies es sich als erfolgreich, wenn nicht einer einzelnen Gläubigergruppe besonders intensive Einflussmöglichkeiten auf die Insolvenzmasse gegeben wurden (vgl. etwa die Abschaffung von *administrative receivership* bei *floating charges* in England), sondern die Gläubigergesamtheit die Entscheidungsgewalt über das Schuldnervermögen erlangte. Notwendig ist auch eine effektive und bedarfsgerechte Information der Gläubiger über die Vermögenssituation des Schuldners – ein Gedanke, der sich im Vorstoß zum *Valuation Information Package* in den USA manifestiert. Wenngleich eine pauschale Öffnung bestimmter Informationen kritisch zu sehen ist, bedarf jedenfalls die privatautonome (Neu-)Verhandlung der Schuldverhältnisse einer soliden Informationsbasis.

Im französischen Recht fallen die negativen Folgen des staatszentrierten Verfahrens für die Besicherung von Kreditgeschäften auf. Der starke Fokus auf den Erhalt des Unternehmensträgers und der Arbeitsplätze und weniger auf die Haftungsverwirklichung gibt den Gerichten Anlass zu Veräußerungen von Vermögensgegenständen – insbesondere Immobilien – unter Wert. Das verringert zum einen das Haftungssubstrat, zum anderen hemmt es aber auch das Kreditgeschäft,

weil durch die Kreditgeber ein höheres Sicherungsniveau verlangt wird. Dieses hohe Maß an Besicherung hat sich wiederum nicht als Garant für eine hohe Haftungsverwirklichung erwiesen.³⁸¹ Hält man den Erhalt des Unternehmensträgers für volkswirtschaftlich sinnvoll, kann ein solcher Nachteil hingenommen werden.

In der deutschen Insolvenzordnung steht aber die Gläubigerbefriedigung im Mittelpunkt des Verfahrens und muss daher Maßstab für die Leistungsfähigkeit der Regelwerks sein. In diesem Sinne zeigen die untersuchten Rechtsordnungen mit einem höheren Maß an Gläubigerbeteiligung im Verfahren auch eine höhere Befriedigungsquote.³⁸² Hier kann es noch offen bleiben, welcher Zusammenhang zwischen Autonomieniveau und Insolvenzquote besteht. Einen ersten Schluss lässt die historische Perspektive aber bereits zu. Die Beteiligung der Gläubiger im Verfahren war großen Schwankungen ausgesetzt, deren Hoch- und Tiefpunkte jeweils nicht zu einer höheren Zufriedenheit der Verfahrensbeteiligten geführt haben. Es ist daher weiterhin zweifelhaft, ob die Zielvorgabe der Autonomiestärkung gerechtfertigt ist. Der Überblick über die rechtliche Ausgestaltung ausländischer Insolvenzverfahren kann keine Stütze für Gläubigerautonomie als Zielbestimmung der Gesetzgebung bieten.

IV. Korrelation von Gläubigerautonomie und Insolvenzquote

Neben der nun erfolglosen Suche in unterschiedlichen Rechtsordnungen nach einem Gleichklang, der als Indikator für das deutsche Recht genutzt werden könnte, bleibt die Vermutung, Gläubigerbeteiligung könne ein wirtschaftlich besonders effektives Insolvenzverfahren gewährleisten. Es lohnt somit der Blick auf die wirtschaftliche Effektivität von Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren. Hier eine belastbare Aussage zu treffen, fällt aus zwei Gründen besonders schwer: Zum einen, weil in den bisherigen Untersuchungen über die Gläubigerposition in ausländischen Insolvenzordnungen kaum zwischen den Ergebnissen zu Gläubigerschutz und denen zu Gläubigerbeteiligung unterschieden werden kann. Zum anderen, weil die Vielfalt der Faktoren, die für die Erfolgsaussichten eines Insolvenzverfahrens ausschlaggebend sind, ein Sezieren der Auswirkungen von Gläubigerautonomie schier unmöglich macht. Dennoch soll der Versuch unternommen werden, zumindest eine Tendenz herauszuarbeiten.

Wie oben dargestellt, können hier zwar keine neuen Daten erhoben werden, doch lassen sich die Ergebnisse der Untersuchungen des *Centre for Business Research* und der Weltbank nutzen. Tabellarisch werden hier die rechtlichen Indikatoren CProI und CPartI sowie die durchschnittlichen Insolvenzquoten für gesicherte Gläubiger, die durchschnittlichen Verfahrenskosten und die durchschnittliche Verfahrensdauer

³⁸¹ Siehe hierzu die Insolvenzquotenübersicht, S. 76.

³⁸² Siehe S. 76.

in den oben dargestellten Rechtsordnungen abgebildet. Wie beschrieben wird der LLSV-Index für kaum aussagekräftig erachtet und daher hier nicht aufgenommen.

Land	CProtI	CPartI	Insolvenzquote in Cents auf den Dollar	Kosten in % der Masse	Dauer (Jahre)
Deutschland	3,25	3	84,4	8	1,2
England	2,75	2	88,6	6	1
Schweden	2,25	2	77,9	9	2
USA	2	3	78,6	10	1,5
Frankreich	1,75	1	78,5	9	1,9
Finnland	n.a.	3	90,3	3,5	0,9
Norwegen	n.a.	3	92,9	1	0,9
Dänemark	n.a.	2	88	4	1
Mittelwert	$\bar{x}_1 = 2,4$	$\bar{x}_2 = 2,375$	$\bar{y}_1 = 84,9$	6,3125	1,3

Um nun die Werte zueinander in Verhältnis zu setzen, kann das Maß der Korrelation festgestellt werden. Angesichts der vorherrschenden Vermutung, Gläubigerautonomie gewährleiste ein wirtschaftlich effizientes Verfahren, wird hier ein linearer Zusammenhang vermutet, der anhand des *Bravais-Pearson*-Korrelationskoeffizienten untersucht werden kann.³⁸³

Ein Ergebnis von 0 zeigt keine Korrelation, ein Wert von 1 eine besonders starke positive Korrelation, ein Wert von -1 eine besonders starke negative Korrelation. Hier ergibt sich für das Verhältnis von CPartI zur Insolvenzquote ein Wert von 0,421; für das Verhältnis von CProtI zur Insolvenzquote errechnet sich ein Wert von 0,756. Der Korrelationskoeffizient für das Verhältnis von Verfahrensdauer zu Insolvenzquote liegt bei -0,934 und zu Verfahrenskosten bei -0,944.

Das Ergebnis für die Korrelation von CPartI zu Insolvenzquote bescheinigt nur eine moderate Korrelation. Dies könnte allerdings der mangelnden Ausdifferenzierung des *Participation Index* geschuldet sein. Der Vergleich mit dem kleineren Datensatz zum CProtI zeigt, dass eine kleinteiligere graduelle Beurteilung der einzelnen Rechtsordnungen eine deutlich höhere Korrelation zur Insolvenzquote erkennen lässt. Die Beschränkung des Datensatzes auf fünf Länder verbietet aber jede allgemeine Aussage über den Zusammenhang von Gläubigerautonomie und Insolvenzquote. Dies gilt umso mehr, als die Kriterien des CProtI ohnehin nur in

³⁸³ Für die Berechnung des Korrelationskoeffizienten *r* gilt:

$$r = \frac{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})(y_i - \bar{y})}{\sqrt{\sum_{i=1}^n (x_i - \bar{x})^2} * \sqrt{\sum_{i=1}^n (y_i - \bar{y})^2}}$$

y_i ist dabei die mittlere Insolvenzquote; *ȳ* gibt die Insolvenzquoten der einzelnen Länder wieder.

geringem Umfang mit der tatsächlichen Gläubigerbeteiligung im Verfahren in Zusammenhang stehen.

Ein besserer Überblick kann nur durch die Vergrößerung des Datensatzes gewonnen werden. Die Daten der Weltbank über CPartI, Verfahrensdauer und Insolvenzquote lassen sich für 167 Länder erheben. Es ergibt sich ein niedriger Korrelationskoeffizient von 0,344 für den Zusammenhang von CPartI und Insolvenzquote. Abbildung 1 visualisiert diese schwache Korrelation. Auch lässt das Bild auf keine nicht-lineare Korrelation schließen. Zwar lassen sich andere Einflüsse auf den Erfolg des Verfahrens partialisieren, indem die Länder nach durchschnittlicher Verfahrensdauer gruppiert und die Korrelationskoeffizienten der Gruppen einzeln ermittelt werden. Doch ergibt sich auch dann keine homogen positive Korrelation und die Werte bleiben stets unter 0,5 oder zeigen sogar eine negative Korrelation.³⁸⁴

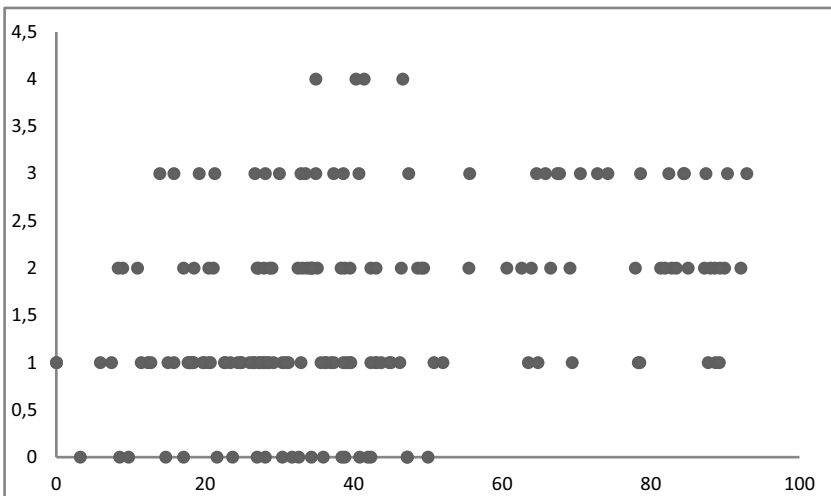


Abbildung 1: Punktdiagramm Korrelation Insolvenzquote und CPartI

Nun festigt sich die Vermutung, dass das Effizienzdogma der Gläubigerautonomie nicht tragfähig ist. Gläubigerautonomie hat keinen erkennbar positiven Einfluss auf die Befriedigungsquote im Insolvenzverfahren.

Gleichzeitig muss die wenig überraschende starke negative Korrelation von Insolvenzergebnis und Verfahrensdauer beachtet werden. Das Ergebnis von $-0,934$ des oben aufgeschlüsselten kleinen Datensatzes lässt sich mit dem Ergebnis von $-0,728$ aus dem großen Datensatz der 167 Länder stützen. Kürzere Verfahrensdauern führen dabei in der Regel auch zu niedrigeren Verfahrenskosten, sodass die schnellen Verfahren meist auch die erfolgreichen sind. Die Auswertung der Datensätze lässt somit allein den Schluss zu, dass Gläubigerautonomie allenfalls mittelbar Einfluss

³⁸⁴ Siehe zum erweiterten Datensatz: Anhang, S. 194.

auf die Insolvenzquote ausüben kann, indem sie durch den Gesetzgeber als Instrument der Effizienzsteigerung und Verfahrensbeschleunigung genutzt wird. Eine Intensivierung der Gläubigerbeteiligung kann daher aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht pauschal gefordert werden, sondern ist nur insoweit vertretbar, wie sie keine zusätzliche Belastung für den zeitlichen Ablauf eines Verfahrens darstellt. Der vielfach kolportierte Nutzen der Expertise branchenkundiger Gläubiger vermag den Schaden durch eine Verfahrensverzögerung nicht aufzuwiegen. Wenn hier von Effizienzsteigerung gesprochen wird, so handelt es sich nicht gleichbedeutend um die unten relevante Allokationseffizienz als Kriterium der ökonomischen Analyse des Rechts.³⁸⁵ Es geht hier zunächst untechnisch um die Verbesserung des Verhältnisses von Gläubigerbeteiligung zu Insolvenzquote. Aus den bislang angestellten Untersuchungen verdichten sich jedoch die Hinweise, dass eine solche Effizienzsteigerung nicht proportional zur Gläubigerbeteiligung möglich ist, sondern ein Optimum einer noch zu bestimmenden Qualität festgestellt werden kann und in der weiteren Entwicklung des Insolvenzrechts auch angestrebt werden muss. Aus wirtschaftlicher Sicht gilt es jedenfalls, den leximetrisch messbar umfangreichen Mitteln der Gläubigerbeteiligung im deutschen Recht zu höherer Zeit- und Kosteneffizienz zu verhelfen, nicht aber die Rechte der Gläubiger auszubauen.

V. Zwischenergebnis

Die gesetzliche Ausgestaltung der Gläubigerbeteiligung in der langen Geschichte des Konkurs- und Insolvenzrechts verlief in Wellen. Dies gilt nicht nur für das deutsche Recht, sondern für alle untersuchten Rechtsordnungen. Nicht alle sind hingegen zu einem vergleichbar hohen Maß an Gläubigerbeteiligung gelangt. Die Idee der Gläubigerselbstverwaltung findet in den Auslandsrechten daher nur eine sehr schwache Stütze. Die Beobachtung des positiven Zusammenhangs zwischen Gläubigerbeteiligung und Insolvenzquote lässt sich jedoch in den europäischen Rechtsordnungen durchaus bestätigen. Die Brücke zur Kausalität kann bei einer globalen Betrachtung allerdings nicht geschlagen werden. Hier liegen Insolvenzquote und Gläubigerbeteiligung nicht auf einer Linie. Eine durchweg negative Korrelation besteht nur zwischen Insolvenzquote und Verfahrensdauer sowie den entsprechenden Verfahrenskosten.

E. Verfassungsrechtliches Gebot zur insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie

Es wurde nun festgestellt, dass insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie weder eine eindeutige Stütze in der Geschichte des Insolvenzrechts noch in den Aus-

³⁸⁵ Dazu S. 95.

landsrechten oder gar aus der wirtschaftlichen Perspektive zu gewinnen vermag. Es bleibt jedoch die Überlegung, ob Gläubigerautonomie möglicherweise ein subjektives Recht der Gläubiger nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen darstellt: Denkbar ist, dass die Gläubigerposition einem verfassungsrechtlichen Schutz untersteht, der ein subjektives Recht der Gläubiger auf Beteiligung und sogar Selbstverwaltung im Insolvenzverfahren begründet.

Das Grundgesetz gewährleistet einen weitgehenden Schutz vermögensrechtlicher Ansprüche über die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG.³⁸⁶ Auch die Forderung des Gläubigers ist von diesem Schutz umfasst.³⁸⁷ Die Möglichkeit, über diese Forderungen zu verfügen unterfällt dem zivilverfahrensrechtlichen Dispositionsgrundsatz.³⁸⁸ Die verfahrensrechtliche Disposition stößt an die gleichen verfassungsrechtlichen Begrenzungen, die auch für die materielle Verfügungsbefugnis gelten.³⁸⁹ Sie umfasst die Wahlfreiheit, ob ein Recht gerichtlich geltend gemacht wird und auch die Entscheidung darüber, in welcher Höhe der Anspruch tatsächlich vorgetragen werden soll.³⁹⁰ Nur: Der Dispositionsgrundsatz bleibt in seiner rechtstatsächlichen Ausgestaltung weit hinter den aktuellen Einflussmöglichkeiten durch gläubigerautonomes Handeln in der Insolvenz zurück. Die Gläubiger nehmen in der Insolvenz eine lenkende und kontrollierende Rolle ein, die nicht allein die Wahlfreiheit der tatsächlichen Rechtsverfolgung zum Gegenstand hat, sondern in Einzelfällen geradezu eigentümerähnlich in die Geschicke des Schuldners eingreift.³⁹¹ Es stellt sich damit die Frage, ob die Gewährleistung von Gläubigerautonomie durch den Gesetzgeber einen eigenständigen Wert hat, der sich aus der Verfassung ableiten lässt und somit als Forderung an das Insolvenzrecht formuliert werden kann³⁹² oder ob Gläubigerautonomie sich nicht über die Praktikabilitätsabwägung hinaus erheben kann und daher auch kein verfassungsrechtlich verbürgtes Prinzip darstellt.³⁹³ In

³⁸⁶ Baur/Stürmer, Konkursrecht, 6.1.

³⁸⁷ BVerfG im Urteil v. 08.07.1976 – 1 BvL 19/75, 1 BvL 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 263, 294; BVerfG im Urteil v. 08.10.1985 – 1 BvL 17/83, 1 BvL 19/83, BVerfGE 70, 278, 285; siehe näher S. 70 f.

³⁸⁸ Stürmer, in: Grunsky/Stürmer/Walter/Wolf (Hrsg.), FS Baur, S. 650 f.; Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, S. 18 f.

³⁸⁹ Stürmer, in: Grunsky/Stürmer/Walter/Wolf (Hrsg.), FS Baur, S. 651.

³⁹⁰ Paulus, Zivilprozessrecht, S. 121.

³⁹¹ Vgl. Niemeyer, Gläubigerbeteiligung, S. 88; Metoja, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 530.

³⁹² Bruhn beispielsweise bekräftigt, es gehöre „zum Wesen der Gläubigerautonomie“, dass die Beteiligten einen Anspruch darauf hätten, die Gläubigerversammlung einzuberufen, Bruhn, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 386; von einem „Wesen der Gläubigerautonomie“ spricht auch das OLG Celle im Beschluss v. 25.03.2002 – 2 W 9/02, ZInsO, 2002373, 374.

³⁹³ Mit der vorsichtigen Vermutung eines eigenständigen Wertes: Hegmanns, Gläubigerausschuss, S. 15.

diesem Fall wäre Gläubigerautonomie eine bloße „Klugheitsregel“³⁹⁴, die einer wirtschaftspolitischen Momentaufnahme gerecht wird.

Ein rein privates Insolvenzverfahren wäre jedenfalls nicht statthaft. Denn erstens zwingt das Grundgesetz zum Gleichbehandlungsgrundsatz und begründet damit eine Schutzpflicht des Staates.³⁹⁵ Diese Gleichbehandlung muss zweitens zwischen den Gläubigern auf einem bestimmten Weg durchgesetzt werden. Drittens muss der Maßstab, mithilfe dessen die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit eines solchen Weges sichergestellt wird, zwangsläufig als Verfahrensrecht eingeordnet werden.³⁹⁶

Daher kanalisieren sich die Überlegungen zur Gläubigerautonomie in Insolvenzverfahren auf die Frage, ob ihr ein verfassungsrechtliches subjektives Recht zugrunde liegt.

I. Vorüberlegungen

Ist Insolvenzreife noch nicht eingetreten, genügt das schuldnerische Vermögen voraussichtlich zur Befriedigung aller Forderungen, egal in welcher Reihenfolge sie geltend gemacht werden. Das bedeutet auch, dass eine faktische Drittbetroffenheit durch individuelle Vollstreckung im Regelfall ausgeschlossen ist. Dass hier dennoch die Korrespondenz von Selbsthilfeverbot und staatlicher Gewährleistung eines effektiven Vollstreckungsrechts ein nur beschränktes Maß an Gläubigerautonomie eröffnet, liegt darin begründet, dass die Vollstreckungsmasse nicht übermäßig belastet werden darf, um das Eigentumsrecht und die Würde des Schuldners zu wahren und Eingriffe in solchen Fällen zu vermeiden, in denen unkontrollierte Vollstreckung den Tatbestand bilanzieller Überschuldung überhaupt erst herbeiführt.³⁹⁷

In der Insolvenz hingegen genügen die Mittel des Schuldners nicht, um seine Gläubiger vollständig zu befriedigen.³⁹⁸ In diesen Fällen kommen Liquidation, Sanierung oder aber eine sog. „übertragende Sanierung“ der Schuldnerin in Betracht.³⁹⁹ Das Zusammenspiel aus den unterschiedlichen Verfahrensoptionen, dem Nebeneinander mehrerer Gläubiger mit unterschiedlichen Partikularinteressen und den von Fall zu Fall verschiedenen Bedürfnissen der Schuldnerin macht den Entschei-

³⁹⁴ So über das Subsidiaritätsprinzip, dessen Idee eng mit der der Gläubigerautonomie verbunden ist: *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht AT, § 12 I 2; zum Subsidiaritätsprinzip auch unten, S. 88 f.

³⁹⁵ Siehe hierzu unten, S. 85 f.

³⁹⁶ Verfahren wird hier aufgefasst als „hoheitlich organisierter, strukturierter Prozess, der es ermöglicht, einen Lebenssachverhalt einer endgültigen, bindenden, den Anforderungen des Rechtsstaats genügenden, erzwingbaren Entscheidung durch einen zur Entscheidung hoheitlich Berufenen zuzuführen.“, siehe: *Breidenstein*, Verfahrensrechtsvergleichung, S. 16.

³⁹⁷ Zu den Verfassungsrechten des Schuldners ausführlich: *Werres*, Grundrechtsschutz, S. 90 ff.; *Lepa*, InsO und VerfR, passim.

³⁹⁸ *Bork*, Einführung, Rn. 1; *Beck*, in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 1.

³⁹⁹ Vgl. *Beck*, in: Beck/Depré (Hrsg.), Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 6 ff.

dungshorizont der Insolvenzverwaltung unübersichtlich und komplex. Daher verwundert es nicht, wenn als entscheidender Grund für die Gläubigerbeteiligung im Verfahren die schlichte fachliche Überforderung der Gerichte angeführt wird und dann wiederum die oft branchenspezifische Expertise, die von den Gläubigern beigesteuert werden kann.⁴⁰⁰ *Hegmanns* adressiert in seiner 1986 erschienen Arbeit die dann auftretende Frage, ob die Einführung eines reinen Amtsverfahrens, in dem die Gläubiger keinen Entscheidungsspielraum mehr hätten, überhaupt mit der Verfassung vereinbar wäre.⁴⁰¹ Damit nähert er sich einem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Gläubigerautonomie aus praktisch-gesetzgeberischer Perspektive. Überzeugend kommt *Hegmanns* dabei zu dem Ergebnis, dass der mit der Einführung eines Amtsverfahrens verbundene grundrechtliche Eingriff möglicherweise bereits nicht im verfassungsrechtlichen Sinne zur Zweckerreichung „geeignet“, jedenfalls aber nicht verhältnismäßig im engeren Sinne wäre.⁴⁰² Methodisch tastet sich *Hegmanns* in negativer Weise an die Gläubigerautonomie heran. Dabei weist er darauf hin, dass eine Anpassung des Verfahrenszwecks Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne für eine Umstellung auf das Amtsverfahren begründen könnte.⁴⁰³

Im Ergebnis bleibt aber damit die entscheidende Frage offen, ob nämlich ein verfassungsrechtlich verbürgtes subjektives Schutzrecht der Gläubiger auf aktive Beteiligung im Verfahren besteht.

Ein solcher originär verfassungsrechtlicher Anspruch auf Beteiligung bestünde unter zwei Voraussetzungen: Erstens müsste die Rechtsstellung der Gläubiger einer objektiven Schutzpflicht des Staates unterfallen. Zum zweiten müsste sich in einem Reflex der Schutzpflicht ein subjektives Schutzrecht auf ein konkretes Verhalten des Gesetzgebers ergeben:⁴⁰⁴ die Einbeziehung der Gläubiger als notwendiger Bestandteil des Insolvenzverfahrens. Die Haftungsverwirklichung als allgemein anerkanntes oberstes Ziel⁴⁰⁵ der Insolvenz ist nicht in Stein gemeißelt und für die Frage nach einem subjektiven Schutzrecht auch nicht entscheidend. Wie sich bei einem Blick über die Landesgrenzen hinaus zeigt, ist die Haftungsverwirklichung zwar der absolut vorherrschende, nicht aber der einzige Primärzweck, der in den unterschiedlichen Insolvenzverfahren verfolgt wird.⁴⁰⁶ Auch der deutsche Gesetzgeber hat in § 1 InsO den Erhalt des Unternehmensträgers neben die Haftungsverwirklichung gestellt. Ein Urteil über die Verfassungsmäßigkeit dieses oder eines anderen Zwecks

⁴⁰⁰ So *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 23 ff.; *Lepa*, InsO und VerfR, S. 216 f.

⁴⁰¹ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 32 ff.

⁴⁰² *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 44 f.

⁴⁰³ Dies könne etwa die Orientierung am Erhalt des Unternehmens oder an der Sicherung der Arbeitsplätze sein, *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 44. Zu diesem Insolvenzszweck siehe unten den Länderbericht zu Frankreich, S. 65 ff.

⁴⁰⁴ *Epping*, Grundrechte, Rn. 137 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. § 1 S. 1 InsO; siehe näher auch *Dorndorf*, in: FS Merz, S. 33.

⁴⁰⁶ Siehe Frankreich, S. 65 ff.

kann dahin stehen und muss auch unabhängig von dem Recht auf Beteiligung gesehen werden. Denn ein verfassungsrechtlich begründetes subjektives Recht dürfte nicht auf dem von der Insolvenzordnung verfolgten Zweck beruhen, sondern einzig auf dem grundgesetzlichen Schutz der Gläubiger.⁴⁰⁷ Eine Entscheidung über die Haftungsverwirklichung als legitimen Zweck eines hypothetischen Eingriffs muss daher in der Prüfung des subjektiven Schutzrechts nicht gefällt werden.

In Betracht kommt eine Schutzpflicht des Staates zur Einbeziehung der Gläubiger als Bestandteil des Eigentumsrechts, als Ausfluss der Privatautonomie oder als Wirkung des Subsidiaritätsprinzips. Ein Anspruch auf Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren als Ausprägung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG scheidet hingegen von vorneherein aus.⁴⁰⁸ Der Gewährleistungsgehalt von Art. 103 Abs. 1 GG zielt allein auf ein Äußerungsrecht ab, das ein Informationsrecht bedingt und einen Anspruch auf Berücksichtigung in begrenztem Umfang nach sich zieht.⁴⁰⁹ Dass der Anspruchsinhaber auch ein Recht auf Teilhabe am Entscheidungsprozess hat, ist hingegen nicht von Art. 103 Abs. 1 GG geschützt.⁴¹⁰

II. Eigentumsrecht, Art. 14 GG

Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ist weitreichender als der Sacheigentumsbegriff der §§ 903 ff. BGB.⁴¹¹ Umfasst sind alle vermögenswerten Rechtspositionen.⁴¹² Auch die vertragliche oder gesetzliche Forderung fällt in den sachlichen Anwendungsbereich des Grundrechts.⁴¹³ Eine Ausnahme macht das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) nur dann, wenn schon keine rechtlichen Realisierungschancen bestehen: So fallen etwa Naturalobligationen

⁴⁰⁷ Daher kann die von *Hegmanns* vertretene Zweckänderung zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht überzeugen, wenn man sich der verfassungsrechtlichen Gebotenheit der Gläubigerbeteiligung wie hier von der Seite eines subjektiven Rechts nähert. Denn die Benennung eines verfassungsgemäßen Zwecks im Gesetz ist kein abschließender Maßstab, um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zu beurteilen.

⁴⁰⁸ So auch: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 32 f.

⁴⁰⁹ *Remmert*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 103 Abs. 1 Rn. 62 ff.

⁴¹⁰ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 33; zum rechtlichen Gehör im Insolvenzverfahren eingehend: *Vallender*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 249 ff.

⁴¹¹ *Gaier*, in: MüKo BGB, Vor § 903 Rn. 1; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 34.

⁴¹² BVerfG im Urteil v. 08.10.1985 – 1 BvL 17/83, 1 BvL 19/83, BVerfGE 70, 278, 285; *Papier*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 14 Rn. 55.

⁴¹³ BVerfG im Beschluss v. 26.04.1995 – 1 BvL 19/94, 1 BvR 1454/94, BVerfGE 92, 262, 271 f.; BVerfG im Beschluss v. 08.06.1977 – 2 BvR 499/74, 2 BvR 1042/75, BVerfGE 45, 142, 179; *Papier*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 14 Rn. 201; *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109, 2111; vorher bereits *Gamillscheg*, AuR 1990, 164; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 34.

nicht in den Schutzbereich des Art. 14 GG.⁴¹⁴ Nicht geschützt werden auch bloße Chancen, Erwartungen oder Aussichten.⁴¹⁵ Neben diesen Ausnahmen des sachlichen Schutzbereichs muss in der Insolvenz beachtet werden, dass die Gläubiger außerhalb ihrer Forderungen nicht in den personellen Schutzbereich des Art. 14 GG fallen. Ihnen fehlt eine eigene Eigentumsposition an den Vermögenswerten, die vor materieller Insolvenzreife dem Schuldner zugewiesen waren. Das Eigentum geht durch die Insolvenz nicht auf die Gläubiger über, sondern dem Schuldner wird im Regelinsolvenzverfahren lediglich die Verfügungsgewalt entzogen, § 80 InsO.⁴¹⁶ Die Forderung eines ungesicherten Gläubigers gegen einen insolventen Schuldner ist richtigerweise trotz der geringen Quotenaussichten oder des erheblichen Risikos eines Totalausfalls von Art. 14 GG geschützt.⁴¹⁷ Dass diese oft nur noch nominellen Vermögenspositionen⁴¹⁸ vom Schutzbereich des Art. 14 GG umfasst sind, ergibt sich dabei weder ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Norm noch hat das BVerfG hier zur Klärung beigetragen. So stellt der 1. Senat lediglich fest: „Angesichts der Funktion der Eigentumsgarantie, dem einzelnen einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich zu erhalten und die eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen, fallen alle vermögenswerten Rechte, die der Inhaber aufgrund der Rechtsordnung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf, in den Schutzbereich des GG Art 14 [...].“⁴¹⁹ Die Rechtsordnung in der konkreten Gestalt der Insolvenzordnung gibt aber etwa durch das Vollstreckungsverbot aus § 89 InsO gerade vor, dass die Forderungen nicht in gewohnter Weise zum Nutzen der Gläubiger ausgeübt werden dürfen. Freilich kann jedoch die verfassungsrechtlich gebotene Ausgestaltung der Gläubigerstellung in der Insolvenzordnung nicht anhand der geltenden Insolvenzordnung bestimmt werden. Art. 14 GG ist zwar ein normgeprägtes Grundrecht, sodass der Staat durch die Schaffung von Regelungen den grundrechtlichen Schutz erst konturiert und begrenzt.⁴²⁰ Doch muss bei der Bestimmung, ob die ausfallgefährdete Forderung dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterliegt – und damit in der einen oder anderen Weise bei der Errichtung einer Insolvenzordnung berücksichtigt wird – auf die normative Prägung solcher Forderungen außerhalb des Insolvenzrechts abgestellt werden: nur das Eigentumsrecht selbst, nicht aber das dazugehörige Verfahrensrecht ist entscheidend. Daher kann es nicht der richtige Weg sein, auf eine unter Umständen sehr geringe Befriedi-

⁴¹⁴ BVerfG im Beschluss v. 20.04.1966 – 1 BvR 20/62, 1 BvR 27/64, BVerfGE 20, 31; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 34.

⁴¹⁵ BVerfG im Beschluss v. 31.10.1984 – 1 BvR 35/82, 1 BvR 356/82, 1 BvR 794/82, BVerfGE 68, 193, 222.

⁴¹⁶ Dazu bereits: *Kohler*, Konkursrecht, S. 98 ff.

⁴¹⁷ I. E. ebenso: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 34 f.

⁴¹⁸ Vgl. *Bitter*, ZGR 2010, 147, 180 f.; *Jacoby*, ZGR 2010, 359, 378.

⁴¹⁹ BVerfG im Beschluss v. 26.05.1993 – 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, 6; ähnlich bereits BVerfGE 83, 201, 208.

⁴²⁰ *Epping*, Grundrechte, Rn. 434; *Gaier*, in: MüKo BGB, Vor § 903 Rn. 1.

ungsquote ungesicherter Gläubiger im Insolvenzverfahren abzustellen,⁴²¹ denn die Leistungsfähigkeit des oder der Schuldner ist nicht Teil der gewöhnlichen Beschaffenheit des Rechts.⁴²²

Richtigerweise erkennt man nicht den hinter der Forderung stehenden und über das Vollstreckungsrecht zugänglichen faktischen Wert – und damit die Bonität – als entscheidend, sondern allein die materiellrechtliche Bestandskraft, die Verität der Forderung. Das Forderungsrecht verliert seinen Wert somit nicht durch die einfache Insuffizienz des Haftungssubstrats, sondern nur durch Erlöschen. Der in der Insolvenz naheliegende Erlöschensgrund der Unmöglichkeit kann bei der notwendig auf Geld gerichteten Forderung, § 45 InsO, jedoch nach ganz herrschender Meinung nicht eintreten.⁴²³ Die Schutzwürdigkeit der Forderung ergibt sich daher nicht aus ihrer tatsächlichen Durchsetzbarkeit, sondern aus ihrer materiellen Bestandskraft. Diese Einschätzung korrespondiert mit der herrschenden Auffassung zur Haftung für Mängel im Forderungskauf. Der Schutz erstreckt sich auch hier nicht auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners, sondern allein auf die Verität der Forderung.⁴²⁴ In der Verität aber gibt es kein Minus, auf das bei der Beurteilung der Schutzbedürftigkeit abzustellen wäre, sodass der Nominalwert entscheidend ist. Die Aussage, es komme für die Schutzbedürftigkeit auf den faktisch realisierbaren Wert an,⁴²⁵ begegnet zudem der Schwierigkeit eines Zirkelschlusses: die Schutzbedürftigkeit stünde stets in Abhängigkeit zu einem wirksamen Vollstreckungsrecht. Ohne ein solches Recht gäbe es aber auch keine Schutzbedürftigkeit.

Die Forderung gegen einen insolventen Schuldner fällt damit zweifellos in den sachlichen Schutzbereich des Art. 14 GG.

Die staatliche Schutzpflicht des Staates aus Art. 14 GG müsste nun im Reflex auch eine aktive Beteiligung der Gläubiger in der Gesamtvollstreckung des Insolvenzverfahrens als subjektives Recht umfassen. Eine solche Beteiligung dürfte sich nicht auf ein reines Anhörungsrecht beschränken,⁴²⁶ sondern müsste einen Entscheidungsspielraum bezüglich des Schuldnerschicksals einräumen.

⁴²¹ So aber *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 35.

⁴²² BGH im Urteil v. 10. 11. 2004 – VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, 102 f.; *Westermann*, in: MüKo BGB, § 453 Rn. 11.

⁴²³ Grundlegend: *Medicus*, AcP 1988, 489; auch: OLG München im Urteil v. 17. 09. 2014 – 7 U 3876/13, ZIP, 20141980, 1982; *Ernst*, in: MüKo BGB, § 275 Rn. 13; *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 275 Rn. 3; *Riehm*, in: Beck-OK BGB, § 275 Rn. 29 ff.

⁴²⁴ *Westermann*, in: MüKo BGB, § 453 Rn. 11; *Weidenkaff*, in: Palandt BGB, § 453 Rn. 19 f.; *Wilhelmi*, in: Beck-OK BGB, § 453 Rn. 81.

⁴²⁵ *Hegmanns* stellt letztlich auf den wirtschaftlichen Wert der Forderung ab: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 35.

⁴²⁶ Siehe oben zum Anspruch auf rechtliches Gehör, S. 82.

In der Rechtsprechung des BVerfG haben sich – angefangen mit dem Deichordnungsurteil⁴²⁷ – einzelne verfahrensrechtliche Gebote aus dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG ergeben, die sich in der allgemeinen These des Grundrechtsschutzes durch Verfahrensgestaltung verdichten.⁴²⁸ Die Gewährleistung des Eigentums beeinflusst demnach nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts, sondern wirkt zugleich auf das zugehörige Verfahrensrecht ein.⁴²⁹ Das Verfahrensrecht muss im Falle des Eigentumsschutzes gewährleisten, dass die Gläubiger effektiv ihre Forderungen geltend machen und durchsetzen können.⁴³⁰ Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung des Rechtsschutzes einen Spielraum, soweit die wesentscheidenden Grundstrukturen des Grundrechts gewahrt bleiben.⁴³¹ Das bedeutet, dass als subjektive Seite der Schutzpflicht aus Art. 14 GG zwar grundsätzlich ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangt wird, eine Verengung auf eine konkrete Ausgestaltung aber nur in seltenen Fällen infrage kommt.⁴³² So stellte der 2. Senat des BVerfG in seinem C-Waffen-Urteil sogar fest, dass im Hinblick auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Erfüllung von Schutzpflichten, die aus materiellen Grundrechten folgen, kein Verfahren geboten sei, in dem die Betroffenen über diesbezügliche Vorhaben informiert würden und sich äußern könnten.⁴³³

Dies kann freilich nicht gelten, wenn gerade zur Wahrung des Wesens des Eigentumsschutzes im Insolvenzfall Gläubigerautonomie geboten ist. Die aktuelle Ausgestaltung der Gläubigerbeteiligung kann jedenfalls für sich beanspruchen, dass sie ein im europäischen Vergleich effizientes und zügiges Verfahren zu stützen vermag.

Eine kausal zwingende Ausgestaltung des Insolvenzrechts finden wir im Prinzip der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, *par conditio creditorum*.⁴³⁴ Art. 14 GG

⁴²⁷ BVerfG im Beschluss v. 18.12.1968 – 1 BvR 638/64, 1 BvR 673/64, 1 BvR 200/56, 1 BvR 238/56, 1 BvR 249/56, BVerfGE 24, 367.

⁴²⁸ *Papier*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 14 Rn 44; *Gaier*, in: MüKo BGB, Vor § 903 Rn. 3.

⁴²⁹ BVerfG im Beschluss v. 24.04.1979 – 1 BvR 787/78, BVerfGE 51, 150; „In einer rechtsstaatlichen Ordnung, die dem Staat das Zwangsmonopol zuweist und dem Vollstreckungsgläubiger Selbsthilfe verbietet, kann sich Justizgewähr jedoch nicht in einer Feststellung von Ansprüchen erschöpfen. Vielmehr ist für den Fall, dass eine freiwillige Erfüllung solchermaßen festgestellter Ansprüche unterbleibt, auch ein wirkungsvolles Verfahren zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung vorzuhalten [...]“, BVerfG im Beschluss v. 12.01.2016 – 1 BvR 3102/13, BVerfGE 141, 121, 134.

⁴³⁰ Der Staat soll die Durchsetzbarkeit privater Forderungen institutionell garantieren, vgl. *Arnould*, Rechtssicherheit, S. 80 ff.; *Werres*, Grundrechtsschutz, S. 55 f.

⁴³¹ BVerfG im Beschluss v. 09.01.1991 – 1 BvR 929/89, BVerfGE 83, 201; *Epping*, Grundrechte, Rn. 431.

⁴³² BVerfG im Beschluss v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83, BVerfGE 77, 170.

⁴³³ BVerfG im Beschluss v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83, BVerfGE 77, 170.

⁴³⁴ Dazu *Breuer*, in: MüKo InsO, § 89 Rn. 4; *Mock*, in: Uhlenbruck InsO, § 89 Rn. 1; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 89 Rn. 2.

gewährt dem Gläubiger effektiven Rechtsschutz bezüglich seiner Insolvenzforderungen. Würden diese Forderungen in einem Insolvenzverfahren geltend gemacht, das es einigen wenigen Gläubigern ermöglicht, die nach Befriedigung der dinglichen Sicherungsrechte verbleibende Insolvenzmasse alleine abzuschöpfen, wäre den anderen Forderungsinhabern ein effektiver Rechtsschutz zwangsläufig verwehrt.⁴³⁵

Für die Legitimation der Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren gibt es keine zwingende Kausalität dieser Art. Es ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, dass die Defizite eines reinen Amtsverfahrens in Zukunft abgestellt werden können und damit ein Änderungsgesetz nicht am Übermaßverbot scheitert. Möglicherweise erforderlich zu einer umfassenden Haftungsverwirklichung wäre dann ein ausschließlich staats- oder verwalterzentriertes Verfahren. Daher lässt sich die staatliche Schutzpflicht auf effektiven Rechtsschutz als verfahrensrechtliche Seite des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG nicht auf ein subjektives Schutzrecht auf Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren verdichten. Dass es gleichwohl nach aktuellem Erkenntnisstand keine Hinweise dafür gibt, dass die Einführung eines staats- oder verwalterzentrierten Verfahrens geeignet und angemessen wäre, steht diesem Befund nicht entgegen.

III. Ausfluss der Privatautonomie

Gläubigerautonomie, so schreibt *Kübler* 1989, bezeichne eine dem Grundsatz der Privatautonomie Rechnung tragende Abwicklung des Konkursverfahrens.⁴³⁶ Wenngleich oben bereits dargelegt wurde, wo die Trennlinie zwischen Privatautonomie und Gläubigerautonomie verläuft, ist es doch nicht ausgeschlossen, dass ein zwingendes Erfordernis der Gläubigerselbstverwaltung alleine aus dem verfassungsrechtlich verbürgten Prinzip der Privatautonomie abgeleitet werden kann.

Privatautonomie als zivilrechtliche Ausgestaltung der allgemeinen Handlungsfreiheit wird gewährleistet durch Art. 2 Abs. 1 GG.⁴³⁷ Sie ist, wie oben dargelegt,⁴³⁸ ein Prinzip der privaten Regelsetzung. Der Einzelne soll seine Rechtsverhältnisse nach seinem Willen selbst und eigenverantwortlich gestalten können.⁴³⁹ „Die Privatautonomie ist ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen. Dieses Prinzip ist nach dem Grundgesetz als ein der Rechtsordnung vorgegebener und in ihr zu verwirklichender Wert durch die Grundrechte aner-

⁴³⁵ Siehe zur Stütze der *par conditio creditorum* in Art. 14 GG: *Bauer*, Ungleichbehandlung, S. 72 f.; *ders.*, ZInsO 2010, 1432, 1435.

⁴³⁶ *Kübler*, in: *Kübler* (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 61.

⁴³⁷ *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig GG*, Art. 2 Rn. 101; *Epping*, Grundrechte, Rn. 562; BVerfG im Beschluss v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214.

⁴³⁸ Siehe S. 26 ff.

⁴³⁹ BVerfG im Beschluss v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214, 231; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig GG*, Art. 2 Rn. 101.

kannt.⁴⁴⁰ Denkbar wäre, dass der grundrechtliche Schutz der Privatautonomie auch in der Weise auf die Regeldurchsetzung ausstrahlt, dass eine Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren geboten ist. Privatautonomie gibt dem Einzelnen grundsätzlich nicht nur ein Abwehrrecht gegen den Staat, sondern sie verpflichtet den Staat auch, privatautonom gesetzten Imperativen die Verbindlichkeit zu verleihen, die nötig ist, um Privaten überhaupt die Gestaltung einer suffizienten privaten Ordnung zu ermöglichen.⁴⁴¹ Wie das Eigentumsrecht muss der Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG auch eine tatsächliche Verwirklichung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit umfassen.

Jedenfalls keine Bedeutung für ein etwaiges Recht auf Beteiligung im Insolvenzverfahren kann die Privatautonomie für solche Gläubiger haben, deren Forderungen auf gesetzlichen Schuldverhältnissen beruhen.⁴⁴² Dies spricht aber nicht dagegen, dass der Gruppe der Vertragsgläubiger ein besonderes verfassungsrechtlich begründetes Recht auf Beteiligung zukommt. Da und solange die tatsächliche Ausgestaltung des Insolvenzrechts keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Gläubigergruppen umsetzt, kollidiert auch der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht mit einer verfassungsrechtlichen Unterscheidung von Gläubigern aus vertraglichen und solchen aus gesetzlichen Schuldverhältnissen.

Vor der materiellen Insolvenz haben die Vertragspartner regelmäßig bestimmte meist gegenseitige Leistungen vereinbart. Durch die Insolvenz der einen wurden die Leistungserwartungen der anderen Vertragsseite enttäuscht. Da der Schuldner in diesen Fällen den Verbindlichkeiten in der Regel nicht mehr gerecht werden kann, könnte es im Sinne der privatautonomen Regelsetzungsfreiheit angemessen sein, wenn der Gläubiger „wenigstens“ über die Art und Weise der ohnehin nicht vertragsgemäßen Leistung disponieren kann. Die Rechtsordnung nimmt aber eine andere Wertung vor. Die Folgen vertraglicher Pflichtverletzungen sind normiert. Aus den §§ 280 ff. BGB lässt sich etwa erkennen, dass der pflichtgemäß handelnden Vertragspartei gegenüber der pflichtwidrig handelnden ein, wenn auch begrenzter, Dispositionsrahmen über den Gegenstand der Forderung eingeräumt wird, jedoch keiner über Art und Weise der tatsächlichen Leistungserbringung, also darüber, *wie* die Forderung erfüllt wird. Um Privatautonomie gewährleisten zu können, darf die Selbstbindung nicht gesetzlich – oder gesetzlich ermöglicht durch die Gläubiger – über die konkrete privat getroffene Verpflichtung hinaus erweitert werden. Andernfalls wären die Folgen der Freiheitsbetätigung für den Einzelnen grundsätzlich nicht absehbar. Es gibt freilich schmale gläubigerbegünstigende Durchbrechungen dieser Beschränkung auf selbstauferlegte Vertragsbindungen.⁴⁴³ Solchen Durch-

⁴⁴⁰ Flume, AT, S. 1.

⁴⁴¹ Bachmann, Private Ordnung, S. 65.

⁴⁴² Vgl. Thole, Gläubigerschutz, S. 46; Spindler/Berner, RIW 2004, 7, 14; Wagner, in: Schilken/Gerhardt (Hrsg.), FS Gerhardt, S. 1058.

⁴⁴³ Etwa der Schadensersatz statt der Leistung, § 280 Abs. 3 i.V.m. §§ 281, 282, 283 BGB. Hier kann der Gläubiger von dem ursprünglichen Leistungsverlangen abweichen, wenn der

brechungen ist aber gemein, dass sie jeweils keine Eingriffsbefugnis der Gläubiger konstituieren. So fällt etwa der Eintritt eines Schadens, der im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung restituiert wird, in den Verantwortungsbereich des Schuldners; der Grundsatz der Geldliquidation aus § 45 InsO dient der Vereinfachung des Gesamtvollstreckungsverfahrens und bedeutet keinen Einflussgewinn der Gläubiger auf das Schuldnervermögen.

Beachtet man das beschriebene Erfordernis der Effektivierung einer privat gesetzten Ordnung, kommt in Betracht, dass die Durchsetzung privatautonom geschaffener Normen auch aus Effizienzerwägungen den Gläubigern selbst zugewiesen werden müsste. Der direkte Kontakt des Schuldners mit seinen Gläubigern und die persönliche Verbundenheit, die einem Geschäftsverhältnis erwachsen kann, ist wesentlicher Bestandteil einer effektiven Rechtsdurchsetzung. Denn erstens möchte der Schuldner regelmäßig auch in Zukunft Geschäfte mit seinen Gläubigern machen und zweitens droht ein Reputationsverlust im privaten oder geschäftlichen Umfeld, der den Schuldner zur Erfüllung animiert. Gerade die beschriebene persönliche Verbundenheit kann jedoch auch Hemmnis für eine effektive Rechtsdurchsetzung sein, sodass eine pauschale Überlegenheit privater Durchsetzung im Insolvenzverfahren abzulehnen ist.

Der Gewährleistungsgehalt der Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG erstreckt sich somit nicht auf besondere Einflussrechte der Gläubiger im Insolvenzverfahren. Eine bestmögliche Verwirklichung privat getroffener Vereinbarungen kann danach auch ohne besondere Gläubigerbeteiligung in der Gesamtvollstreckung gewährleistet werden.

IV. Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip ist bislang nur im Zusammenhang mit der Europäischen Union in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG festgeschrieben und adressiert kein Staat-Bürger-Verhältnis, sondern die Europäische Union im Verhältnis zu ihren Mitgliedsstaaten. Ein verfassungsrechtlich gebotenes innerstaatliches Subsidiaritätsprinzip würde verlangen, dass „die kleinere Gemeinschaft wirken soll und mit staatlichen Mitteln erst dann einzugreifen ist, wenn es unausweichlich wird.“⁴⁴⁴ *Isensee* verdichtet dies zu einem Prinzip, das der privaten Regelsetzung Priorität vor staatlichem Eingreifen gibt, solange die Aufgaben auf diese Weise ohne überwiegenden Nachteil für die Gesamtheit erfüllt werden können.⁴⁴⁵ Für das Insolvenzrecht würde dies bedeuten,

Schuldner Anlass zu der Vermutung gibt, er werde seiner vertraglichen Pflicht nicht zuverlässig nachkommen. Ähnlich der Grundsatz der Geldliquidation in der Insolvenz, dem zufolge zwecks gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung grundsätzlich alle Forderungen gegen den insolventen Schuldner in Geldsummen umgewandelt werden, § 45 InsO.

⁴⁴⁴ BVerfG im Urteil v. 29.07.1959 – 1 BvR 205/58, BVerfGE 10, 59, 89.

⁴⁴⁵ *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, S. 106 ff.; das Strukturprinzip ebenfalls bejahend: *Zuck*, Subsidiaritätsprinzip, S. 91 ff.

dass die Aufgabenzuweisung an die Gläubiger als Autonomie der kleineren Einheit⁴⁴⁶ einem verfassungsrechtlich begründeten Prinzip entspränge. Die Rechtsprechung des BVerfG benennt das Subsidiaritätsprinzip zwar in verschiedenen Zusammenhängen.⁴⁴⁷ Es wird aber ausdrücklich offengelassen, ob es sich dabei um ein verfassungsrechtlich gebotenes Prinzip handelt.⁴⁴⁸ Überwiegend wird in der Literatur eine solche verfassungsrechtliche Gebotenheit abgelehnt.⁴⁴⁹ Der Gehalt des Subsidiaritätsprinzips werde ausreichend durch das Übermaßverbot und die Auslegungsmaxime der Grundrechtsoptimierung gewährleistet.⁴⁵⁰ Verneint man allerdings die Existenz eines verfassungsrechtlichen Prinzips, kann dies nicht darauf beruhen, dass man keinen Bedarf dafür erkennt. Es lässt sich aber die verfassungsrechtliche Bedeutung des Art. 15 GG fruchtbar machen, der Anlass zu einer alten Debatte um Existenz und Reichweite einer grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung gegeben hat.⁴⁵¹ Die Unbestimmtheit der Norm macht den Umgang mit ihrem Wirkungskreis sehr schwierig⁴⁵² und hat den Art. 15 GG zu Recht weitgehend der Bedeutungslosigkeit preisgegeben. Der Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG lässt sich dennoch entnehmen, dass das Grundgesetz keine Entscheidung über die Gestaltung der deutschen Wirtschaftsordnung trifft.⁴⁵³ Das Subsidiaritätsprinzip, das eng mit dem Wirtschaftsverwaltungsrecht verknüpft ist,⁴⁵⁴ als verfassungsrechtliches Gebot darzustellen, würde diesem Neutralitätsgedanken widersprechen, weil eine grundgesetzliche Tendenz zu einem privatwirtschaftlichen System angenommen würde. Die entscheidende Maxime eines funktionierenden Wirtschaftssystems ist aber die Abwägung der gegeneinander stehenden Grundrechtspositionen. Diese Aufgabe wird durch Übermaßverbot und Grundrechtsoptimierung übernommen. Sie entsprechen der grundgesetzlichen Neutralität. Ein übergeordnetes Prinzip der staatlichen Subsidiarität kann diese Neutralität hingegen nicht wahren. Es ist daher abzulehnen.

⁴⁴⁶ So *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht AT, § 1 I 1.

⁴⁴⁷ Für das Familienrecht: BVerfG im Urteil v. 29.07.1959 – 1 BvR 205/58, BVerfGE 10, 59; für die Jugendhilfe, allerdings ohne explizite Nennung staatlicher Subsidiarität: BVerfG im Urteil v. 18.07.1967 – 2 BvF 3/62, 2 BvF 4/62, 2 BvF 5/62, 2 BvF 6/62, 2 BvF 7/62, 2 BvF 8/62, 2 BvR 139/62, 2 BvR 140/62, 2 BvR 334/62, 2 BvR 335/62, BVerfGE 22, 180; zum Arbeitsrecht: BVerfG im Beschluss v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 253.

⁴⁴⁸ „Es kann hier dahinstehen, ob das Subsidiaritätsprinzip überhaupt Verfassungsrang hat.“, BVerfG im Beschluss v. 20.10.1981 – 1 BvR 404/78, BVerfGE 58, 233, 253.

⁴⁴⁹ *Denninger*, Normsetzung, Rn. 121; *Augsberg*, Rechtsetzung, S. 80.

⁴⁵⁰ *Denninger*, Normsetzung, Rn. 121; *Augsberg*, Rechtsetzung, S. 80, mit Hinweis auf: *Holle*, Normierungskonzepte, S 190 f.

⁴⁵¹ Dazu: *Bäumler*, DÖV 1979, 325 m.w.N.

⁴⁵² Vgl. *Durner*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 15 Rn. 2.

⁴⁵³ BVerfG im Urteil v. 20.07.1954 – 1 BvR 459/52, 1 BvR 484/52, 1 BvR 548/52, 1 BvR 555/52, 1 BvR 623/52, 1 BvR 651/52, 1 BvR 748/52, 1 BvR 783/52, 1 BvR 801/52, 1 BvR 5/53, 1 BvR 9/53, 1 BvR 96/53, 1 BvR 114/54, BVerfGE 4, 7, 17 f.; *Durner*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 15 Rn. 18.

⁴⁵⁴ *Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht AT, § 12; *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 48 ff.; *Badura*, Wirtschaftsverfassung, Rn. 14 f.

Damit liegt ein etwaiges insolvenzrechtliches Prinzip der Gläubigerautonomie auch nicht in einem verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip begründet.

V. Zwischenergebnis

Es gibt kein verfassungsrechtliches Gebot zur Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren. Das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG schützt zwar den Gläubiger des insolventen Schuldners schon aufgrund der rechtlichen Bestandskraft seiner Forderung. Doch gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der effektive Schutz dieses Rechts allein mithilfe der Beteiligung der Gläubiger im Insolvenzverfahren gewährleistet werden kann.

Privatautonom gesetzten Imperativen muss durch ein staatlich gewährleitetes Verfahren zur Geltung verholfen werden. Das kann grundsätzlich auch durch Vollstreckungsmechanismen geschehen, bei denen die Gläubiger keinerlei Beteiligungsmöglichkeiten haben.

Schließlich gibt es kein grundgesetzliches Subsidiaritätsprinzip, das Verwaltungsaufgaben primär den Privaten zuweist. Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes widerspricht einem solchen Prinzip.

Solange jedoch nicht zweifelsfrei erwartet werden kann, dass sich Effizienz und Effektivität des Insolvenzverfahrens durch die Reduktion der Gläubigerbeteiligung fördern lassen, muss mit *Hegmanns* davon ausgegangen werden, dass sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre grundrechtlich geschützte Position bedeuten würde. Ein einmal erlangtes Beteiligungsniveau ist somit unumkehrbar, solange nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine Effektivitätssteigerung des Verfahrens erwartet werden kann. Dies gilt, obwohl umgekehrt der *positive* Effekt der Gläubigerbeteiligung nicht quantifizierbar ist.

F. Involvierungsgedanke des Insolvenzrechts

Nach den vorangegangenen Ausführungen gibt es keinen Anlass, das Prinzip der Gläubigerautonomie als Zielbestimmung der Gesetzgebung zu unterstützen. Jedoch, der Blick über die Landesgrenzen hinweg und insbesondere der Blick in die Geschichte lassen darauf schließen, dass der Gläubigereinfluss in der Insolvenz des Schuldners eine fest verwurzelte Idee ist. Möglicherweise hält die Gläubigerautonomie also noch eine weitere Dimension bereit, die weniger Wegweiser in die Zukunft als mehr Erklärungsansatz für die Gläubigerbeteiligung in der Vergangenheit darstellt.

Wer das Risiko trägt, muss auch beteiligt werden.⁴⁵⁵ Dieser Gedanke ist noch immer aktuell. Heute findet er besonders deutlichen Niederschlag in § 237 Abs. 2 InsO. Er wird reflektiert in der Skepsis vor der Eigenverwaltung:⁴⁵⁶ Es spreche jedenfalls wenig dafür, „den Bock zum Gärtner zu machen.“⁴⁵⁷

Gleichzeitig ist aber auch die Kontrolle durch den Risikoträger kritisch zu betrachten. Denn der Gläubiger hat vor und nach Insolvenzeröffnung nicht ein anderes und unter Umständen nicht einmal ein höheres, sondern oft lediglich ein nun *offenkundig* hohes Ausfallrisiko. Das ist insbesondere in solchen Fällen bemerkenswert, in denen bei einem Eigenantrag der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO vorliegt. Hier bestimmt der Gesetzgeber den Kontrollverlust eines vorausschauenden Schuldners zugunsten einer Gläubigerschaft mit aktuell sogar unverändertem Risiko.

All dies lässt vermuten, dass Gläubigerautonomie weder grundsätzlich wirtschaftlich vorteilhaft ist, noch verfassungsrechtlich geboten, noch in jedem Fall durch einen besonderen Risikozuwachs begründet ist, sondern durch die Einbindung der Gläubiger hauptsächlich dazu dient, ihre Akzeptanz für die Ergebnisse des Verfahrens zu steigern,⁴⁵⁸ bei Bedarf die Sachkunde der Gläubiger zu nutzen, die Verantwortlichkeit zu teilen⁴⁵⁹ und das Verfahren mit professionell besetzten Gremien zu erleichtern. Insolvenzrecht soll Frieden stiften⁴⁶⁰ und es gibt zahlreiche Beispiele für die erfolgreiche Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts durch die frühzeitige Einbindung der Gläubiger.⁴⁶¹ Möglicherweise spielt auch die überkommene konkursrechtliche Genugtuungsfunktion eine Rolle, die sich in der noch immer beklagten Stigmatisierung⁴⁶² durch die Insolvenz bis heute erhält.

Diese Dimension soll hier als „Involvierungsgedanke“ des Insolvenzrechts bezeichnet werden. Er dient dazu, den empfindlichen Vertrauensverlust der Gläubiger

⁴⁵⁵ Vgl. *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 8 f.; auch der Diskussionsentwurf zur Insolvenzordnung stellt fest: „In der Marktwirtschaft muß grundsätzlich das Urteil derjenigen Personen maßgeblich sein, deren Vermögenswerte auf dem Spiel stehen und die deshalb die Folgen von Fehlern zu tragen haben.“, Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Allgemeine Begründung, S. 22; BT-Drs. 12/2443, S. 80.

⁴⁵⁶ Eine Warnung vor den Risiken der Eigenverwaltung findet sich auch in den Materialien zu Insolvenzordnung: BT-Drs. 12/2443, S. 224.

⁴⁵⁷ *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 466.

⁴⁵⁸ So auch *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 17 f.; andernfalls, konstatieren schon die Materialien zur Konkursordnung, fühlten die Gläubiger sich zurückgesetzt, siehe: *Hahn* (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 283.

⁴⁵⁹ So zu Sachkunde und Verantwortlichkeit auch: *Ehricke*, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 4; dem Verwalter allein sei die Verantwortung kaum noch aufzubürden, stellt bereits fest: *Stein*, KTS 1957, 109.

⁴⁶⁰ *Henckel*, KTS 1989, 477, 478.

⁴⁶¹ Vgl. zu *Centrotherm* und *Neumayer Tekfor*: *Grell/Klockenbrink*, DB 2013, 1038.

⁴⁶² Zum „Makel des Konkurses“ eindrücklich: *Paulus*, JZ 2009, 1148, 1149 f.

dadurch zu lindern, dass sie in das konkrete Verfahren einbezogen werden, ihr Informationsdefizit ausgeglichen wird und sie dadurch in Verhältnissen zu anderen (potenziellen) Schuldern nicht einer wirtschaftlich zerstörerischen Risikoaversion verfallen. Gläubigerautonomie ist damit letztlich ein Verbund mehrerer Einzelzwecke, die zusammengekommen jedoch nicht Gläubigerautonomie oder Gläubigerselbstverwaltung als pauschale Zielbestimmung rechtfertigen, sondern die sich vielmehr in der bloßen Gläubigerbeteiligung erschöpfen. Im Verlauf der Arbeit wird noch von der Arbeitnehmerbeteiligung im Gläubigerausschuss die Rede sein.⁴⁶³ Sie ist anschauliches Beispiel dafür, dass der Involvierungsgedanke immer stärker vor den der umfassenden Gläubigerautonomie tritt: Der Arbeitnehmervertreter im Gläubigerausschuss ist in den meisten Fällen nicht auch gleichzeitig Gläubigervertreter, sondern vor allem ein Bindeglied zu den Arbeitnehmern als *stakeholder* des Schuldners und damit zuvörderst Akzeptanzstütze für die Entscheidungen der Insolvenzverwaltung: ein weiterer Friedensstifter.

G. Zwischenergebnis

Eingangs wurde der Begriff der rechtlichen Autonomie von dem der moralphilosophischen Autonomie abgegrenzt. Dabei wurde die hergebrachte Trennung zwischen Legalität und Moralität, dem Dualismus von Recht und Moral, auf den Autonomiebegriff übertragen. Rechtliche Autonomie ist danach nurmehr der gesetzliche Zuweisungsrahmen einer rechtlichen Handlungsfreiheit. Im Falle der insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie verengt sich dieser Begriff auf Handlungen zum Zwecke der gemeinschaftlichen Haftungsverwirklichung. Nachdem kursorisch der Handlungsrahmen de lege lata nachgezeichnet wurde, konnte die praktische Bedeutsamkeit von Gläubigerautonomie im In- und Ausland näher beobachtet werden.

In vier Stationen wurde nun untersucht, welchen Stellenwert Gläubigerautonomie im Insolvenzrecht genießt und inwieweit ihre Leistungsfähigkeit sie zu legitimieren vermag. Die Entwicklung der Gläubigerselbstverwaltung im deutschen Insolvenzrecht ist nicht linear verlaufen. Auch wenn die Gesetzgebung der letzten vierzig Jahre von der Maxime der Gläubigerautonomie geprägt war, gibt es bereits die ersten Stimmen, die vor einer zu weitreichenden Gläubigerbeteiligung warnen. Die dahinterstehenden Sorgen vor einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens und einem Einflussgewinn einzelner Gläubiger oder Gläubigergruppen sind ihrerseits nicht neu und wurden in der deutschen Gesetzgebung zuletzt in den 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts artikuliert.

Der Blick über die Landesgrenzen hinaus kann eine Tendenz hin zu mehr Gläubigerautonomie nicht stützen. Zwar korreliert das Gläubigerbeteiligungsniveau

⁴⁶³ Siehe S. 145 ff.

in den einzelnen untersuchten Ländern mit der Insolvenzquote. Eine solche Korrelation kann jedoch auch zwischen der Verfahrensdauer und den Insolvenzquoten festgestellt werden. Während aber die zweite Korrelation durch einen größeren Datensatz mit 167 Ländern gestützt werden und eine Kausalität vermutet werden kann, stellt sich das Bild bei der Gläubigerbeteiligung völlig anders dar. Es kann offenbleiben, ob der Zusammenhang rein zufälliger Natur ist. Naheliegender erscheint, dass ein hoch entwickeltes Insolvenzrecht zum einen die Effizienz und Schnelligkeit begünstigt, zum anderen aber auch zusätzlich die Gläubiger stärker in den Verfahrensablauf einbindet. Dabei ist auch denkbar, dass die Gläubigerbeteiligung als Instrument zur Verfahrensförderung wirksam ist. Offensichtlich entscheidend sind jedoch letztlich die Dauer des Verfahrens und die Kosten, die der Masse durch das Verfahren zusätzlich entstehen.

Schließlich kann Gläubigerautonomie auch keine Stütze im Verfassungsrecht finden. Zwar sind Gläubiger eines insolventen Schuldners bei Massearmut durch den materiellen Bestand ihrer Forderung geschützt. Es gibt jedoch keine Hinweise, dass eine effektive Verwirklichung des Eigentumsrechts allein durch ein Verfahren ermöglicht wird, das den Gläubigern Beteiligungsmöglichkeiten bietet. Ein grundrechtliches Schutzrecht des Bürgers, dem nur durch Gläubigerselbstverwaltung entsprochen werden kann, besteht somit nicht. Auch kann das Prinzip der Gläubigerbeteiligung nicht zwingend aus der Privatautonomie geschlossen werden. Ein Subsidiaritätsprinzip, das Privaten grundsätzlich primär Aufgaben zuweist, ist abzulehnen.

Damit wird deutlich, dass Gläubigerautonomie keine taugliche Zielbestimmung des Gesetzgebers darstellt. Vielmehr wird ein Bündel von Zwecken verfolgt, von denen die Schnelligkeit und Effizienz des Verfahrens und – darin verwoben – der Vertrauensrückgewinn und die Festigung der Akzeptanz für Verwaltungsentscheidungen im Sinne des Involvierungsgedankens besonderes Gewicht haben.

Kapitel 2

Der Gläubigerausschuss

Es wurde gezeigt, dass Gläubigerautonomie keine alleinstehende Zielbestimmung des Insolvenzrechts sein kann. Die Beteiligung der Gläubiger ist vielmehr nur in einem moderaten, noch nicht näher bestimmten, Maße der Effizienzsteigerung und Beschleunigung des Verfahrens zuträglich, die wiederum in engem positiven Verhältnis zu einer hohen Gläubigerbefriedigung steht.

Der Gesetzgeber hat sich zur Kontrolle und Beratung der zentralen Insolvenzverwaltung für die Möglichkeit eines Gläubigerausschusses entschieden. Der Gläubigerausschuss ist ein Gremium, das sich aus den Mitgliedern der Gläubigerversammlung oder im endgültigen Gläubigerausschuss auch aus deren Vertretern⁴⁶⁴ rekrutiert und das mit Kontroll- und Entscheidungsrechten ausgestattet ist. Er ist damit ein Instrument der Gläubigerbeteiligung und seine Befugnisse sind ihrerseits Bestandteile der Gläubigerautonomie. Dabei ist die Begründung für einen Gläubigerausschuss nach deutschem Zuschnitt nicht sofort erkennbar. Die Zurückdrängung der Gläubigergremien in den USA, der völlige Wegfall in Schweden, und die rein beratende Stellung in anderen Ländern, könnten ein Fingerzeig darauf sein, dass es dem Gläubigerausschuss an funktionaler Legitimation mangelt. Hier soll indes gezeigt werden, dass der Gläubigerausschuss ein fähiges Instrument zur Effizienzsteigerung sein und seine Gestalt im deutschen Recht zu diesem Zweck noch weiter ausgearbeitet werden kann.

Sollte man nun im ersten Schritt zu dem Ergebnis gelangen, dass es eine valide institutionenökonomische Begründung für ein Gläubigergremium als Ergänzung des insolvenzrechtlichen Institutionengefüges gibt (I. und II.), stellt sich die Frage, wie seine Arbeitsweise weiter vereinfacht und damit auch seine Wirkung weiter verbessert werden kann. Zu diesem Zweck wird ein Blick auf die Erscheinung des Ausschusses in der Praxis (III. und IV.) geworfen und seine Position im Verfahren geklärt (V.). Im Anschluss kann dann das Institut des Gläubigerausschusses anhand der gewonnenen Erkenntnisse in ausgewählten Punkten fortentwickelt werden.

⁴⁶⁴ Hier sind Vertreter im Sinne von Interessenvertretern gemeint; zur Stellvertretung im Ausschuss siehe S. 136 ff.

A. Individuelle Interessen oder Kollektivinteresse

Die Untersuchung der Gläubigerautonomie im Insolvenzrecht hat gezeigt, dass die Handlungsfreiheiten, die der Gesetzgeber den Gläubigern einräumt, einer maximalen Gläubigerbefriedigung dienen sollen. Dadurch kann der Eindruck entstehen, dass nur ein Interesse – nämlich das der Haftungsverwirklichung – tatsächlich unter den Mitgliedern des Gläubigerausschusses existiert. Wenn von einem Interesse die Rede ist, welches *das* Organ oder *die* Ausschussmitglieder verfolgen, muss es sich zwangsläufig um ein typisiertes Interesse handeln. Die gesetzliche Anlage der Handlungsmöglichkeiten zu einem bestimmten Zweck und die sich dahinter verborgenden subjektiven Interessen der Verfahrensbeteiligten sind aber zweierlei. So mag der eine Gläubiger mit seiner Forderung eine Drucksituation zulasten des Schuldners bezwecken, ein anderer vernachlässigt möglicherweise wohlwollend die Durchsetzung seiner Forderung seit geraumer Zeit. Die typische Konfliktsituation im Insolvenzfall unter den Gläubigern⁴⁶⁵ lässt dabei nur dann ein geordnetes Verfahren zu, wenn die je nach Stellung der Gläubiger multipolaren Interessen⁴⁶⁶ in Einklang gebracht werden. „Das Gesetz erwartet von den Ausschussmitgliedern, dass sie ihre unzweifelhaft vorhandenen, durchaus gegenläufigen persönlichen Interessen zurückstellen, soweit das Ziel der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 1 S. 1 InsO) und die ordnungsgemäße Abwicklung des Verfahrens dies erfordert [...]“⁴⁶⁷ Die Richtschnur dafür ist der kleinste gemeinsame Nenner aller Forderungsinhaber: die möglichst umfassende Verwirklichung ihrer Forderungen. Sie ist das Kollektivinteresse, das der Gläubigerausschuss zu verfolgen hat.⁴⁶⁸ Dieser gesetzgeberische Aspekt wird flankiert durch den Mangel marktkonformer Lösungen für den Widerstreit individueller Interessen. Ein solcher Mangel beruht darauf, dass es keinen Markt für den Interessenausgleich zwischen Gläubigern gibt.⁴⁶⁹ Ein Markt wird lediglich mittelbar über die Verwertung der Vermögensgüter des Schuldners erschlossen.⁴⁷⁰ Die bestmögliche Verwertung, auch in Form der Unternehmensfortführung, bedeutet gleichzeitig die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger. Somit kann eine, wenn auch nur mittelbare Marktkonformität des Interessenausgleichs über die Haftungsverwirklichung erreicht werden.

⁴⁶⁵ Zur Konkurrenz und dem Interessenwiderstreit unter den Gläubigern: *Henckel*, KTS 1989, 477, 483.

⁴⁶⁶ BVerfG im Beschluss v. 23.05.2006 – 1 BvR 2530/04, BVerfGE 116, 1, 15; *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109, 2112; ausführliche Interessenanalyse bei: *Haarmeyer/Wutzke/Förster* (Hrsg.), Vorläufige Insolvenzverwaltung, § 11.

⁴⁶⁷ BGH im Beschluss v. 01.03.2007 – IX ZB 47/06, ZIP 2007, 781, 784.

⁴⁶⁸ „Insofern verbindet also der Konkurszweck die Konkursgläubiger zu einer Interessen- und Schicksalsgemeinschaft, die darauf gerichtet ist, das gegenwärtige Vermögen des Gemeinschuldners in möglichst günstiger Weise für die gesamten Konkursgläubiger zu erhalten und zu verwerten [...]“, *Würdinger*, Interessengemeinschaften, S. 65.

⁴⁶⁹ Vgl. *Henckel*, KTS 1989, 477, 483; siehe zum Verhältnis zwischen Privatautonomie und Gläubigerautonomie bereits oben, S. 26 ff.

⁴⁷⁰ *Henckel*, KTS 1989, 477, 483.

Die Entscheidung darüber, welche Art der Verwertung die vorzugswürdige ist, ist nicht Gegenstand dieses Interessenwiderstreits. Sie ist im Idealfall frei von Individualinteressen und sollte sie es nicht sein, so wird sich das abstimmende Ausschussmitglied nur dann vom Vorwurf der Pflichtverletzung entlasten können, wenn seine Handlungsalternativen das gleiche unternehmerische Risiko wie die letztlich getroffene Entscheidung geborgen haben. Um sich diesem Vorwurf nicht aussetzen zu müssen, ist eine grundsätzliche Unabhängigkeit der Ausschussmitglieder von einem Individualinteresse ratsam,⁴⁷¹ obschon sicherlich selten zu finden. Ein Mindestmaß an Unabhängigkeit wird über Inhabilitätsvorschriften und die Regeln zur Befangenheit gewährt.⁴⁷² Denkbar wäre aber auch, die Wirkung der individuellen Präferenzen dadurch zu mildern, dass es gar keine Plattform gibt, in der Partikularinteressen derart stark hervortreten können. Warum also gibt es das Gremium des Gläubigerausschusses?

B. Kollektivinteressenvertretung durch Gremien

Der Versuch, die Funktionalität eines Organs zu untersuchen, muss mit der Bestimmung seines Zwecks beginnen. Sein Zweck lässt sich an dem Aufgabenspektrum ablesen, das die Insolvenzordnung dem Gläubigerausschuss auferlegt. Zentrale Norm ist dabei § 69 InsO. Danach haben die Mitglieder des Gläubigerausschusses den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Die wichtigste Aufgabe des Gläubigerausschusses ist es daher, die Aufgabenwahrnehmung der Insolvenzverwaltung sicher zu stellen.⁴⁷³ Der Insolvenzverwalter wiederum hat die Pflicht, im Rahmen der Entscheidung der Gläubigerversammlung nach § 157 InsO⁴⁷⁴ für die bestmögliche Befriedigung der Insolvenzgläubiger zu sorgen.⁴⁷⁵ Seine Aufgabe ist somit durch den Insolvenzzweck aus § 1 InsO bestimmt. Letztlich ist damit der Zweck des Gläubigerausschusses, die gleichmäßige und größtmögliche Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger durch Kontrolle und Beratung der Insolvenzverwaltung zu bewirken. Dies ist das bereits oben destillierte Kollektivinteresse, auf das die Gläubigerautonomie nach deutschem Zuschnitt gerichtet ist.

⁴⁷¹ Heeseler/Neu, NZI 2012, 440, 444.

⁴⁷² Dazu unten S. 165.

⁴⁷³ „Der Pflichtenkreis des Überwachungsorgans [wird] durch den Aufgabenkreis des Überwachten bestimmt [...]“ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 10.

⁴⁷⁴ Kroth, in: Braun InsO, § 80 Rn. 25; Zipperer, in: Uhlenbruck InsO, § 159 Rn. 54.

⁴⁷⁵ Kroth, in: Braun InsO, § 80 Rn. 25; Sternal, in: K. Schmidt InsO, § 80 Rn. 22.

Wichtigster Träger dieser Gläubigerautonomie und dabei wichtigstes Organ des Insolvenzverfahrens ist die Gläubigerversammlung.⁴⁷⁶ Unter anderem wählt sie den Insolvenzverwalter, § 57 S. 1 InsO, kontrolliert ihn, §§ 79, 66 Abs. 3 InsO, und entscheidet über den Fortgang des Verfahrens. Sie ist jedoch auch das größte Organ, mit einer Vielzahl unterschiedlicher Interessengruppen. Wenngleich die Gläubigerversammlung also das wichtigste Organ sein mag, ist es dennoch denkbar, dass sie nicht das beste Organ zur Interessenvertretung im Sinne eines besonders effizienten Verfahrens darstellt.

I. Das Gremium als Lösung des Kollektivinteressenproblems

Die soeben erwähnte Befugnis der Gläubigerversammlung, einen Insolvenzverwalter auszuwählen, wird ergänzt durch die Antragsbefugnis der Gläubiger zu seiner Entlassung, § 59 Abs. 1 S. 1 InsO. Wegen des gesetzlich definierten Aufgabenprogramms des Verwalters entsteht auf diese Weise ein Auftragsverhältnis im ökonomischen Sinne zwischen zwei Wirtschaftssubjekten über die Verwaltung des Schuldnervermögens.⁴⁷⁷ Unklar ist jedoch, wie in dieser Situation überhaupt ein solches Auftragsverhältnis zwischen zwei Akteuren über die Verwaltung eines Drittvermögens⁴⁷⁸ zustande kommen kann. Schließlich sind die Gläubiger zum einen, wie ausgeführt,⁴⁷⁹ nur wegen ihrer Forderungen, nicht aber wegen Eigentums am Schuldnervermögen verfassungsrechtlich geschützt. Zum anderen ist die rechtliche Verfügungsgewalt gesetzlich nicht den Gläubigern, sondern dem Verwalter zugeordnet, vgl. § 80 InsO. Hier muss jedoch die ökonomische von der rechtlichen Seite des Verhältnisses zwischen Schuldner, Gläubiger und Verwalter unterschieden werden.⁴⁸⁰ Die Analyse des Zusammenwirkens dieser beiden Seiten ist Gegenstand der *property rights*-Theorie.⁴⁸¹ Das deutsche Insolvenzverfahren gestaltet sich so, dass die rechtliche Verfügungsmacht direkt dem Verwalter zugeteilt wird, während die Gläubiger den Verwalter kontrollieren und eine verdünnte Verfügungsberechti-

⁴⁷⁶ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 7; Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 74 Rn. 1–4; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch Insolvenzordnung, Nr. 6 Rn. 2; Gundlach/Frenzel/Jahn, DZWIR 2008, 441.

⁴⁷⁷ Der Auftragsbegriff wird hier genutzt für Agentur-Verträge als Geschäftsbesorgungsverträge im weiteren Sinne, vgl. dazu: Schmolke, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden Rn. 304.

⁴⁷⁸ Die Eigentumsrechte an den Vermögensgegenständen der Masse ändern sich durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse auf den Verwalter nicht, statt vieler: Mock, in: Uhlenbruck InsO, § 80 Rn. 11.

⁴⁷⁹ Siehe S. 82.

⁴⁸⁰ Zur Doppelbelegung der Terminologie und zu Verfügungsrechten in der Rechtsökonomie: Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S. 60 f.

⁴⁸¹ Vgl. Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 69.

gung zurückbehalten.⁴⁸² Funktional steht dahinter der „Übergang“ der ökonomischen Verfügungsrechte – der „Handlungsrechte“ als *property rights*⁴⁸³ – an die Gläubiger,⁴⁸⁴ deren Verfügungsrechte zur Steigerung der Effizienz auf einen gesetzlich vorgeschriebenen Agenten delegiert werden. Die Begründung für ein Prinzipal-Agenten-Verhältnis⁴⁸⁵ in dieser Konstellation verläuft parallel zur Governance-Struktur einer Kapitalgesellschaft: Die Trennung von Kontrolle und Vermögenszuordnung⁴⁸⁶ dient vornehmlich der Konfliktvermeidung zwischen privaten Interessen einzelner Gläubiger und dem Kollektivinteresse.⁴⁸⁷ Die gedankliche Kaskade besteht somit aus dem Schuldner als originär und residual⁴⁸⁸ Berechtigtem, den Gläubigern als derivativ ökonomisch Berechtigten und dem Insolvenzverwalter als derivativ normativ Berechtigtem. Sowohl die Änderung der Verfügungsrechte zugunsten der Gläubiger als auch die direkte gesetzliche Übertragung der Kontrollrechte an den Insolvenzverwalter lassen sich mit der ökonomischen Theorie zu den *property rights* erklären. Für die Entstehung und Änderung von Verfügungsrechten bedarf es nach der sog. Internalisierungsthese eines Konfliktes bei der Zielerreichung der Individuen einer Population.⁴⁸⁹ Die Gründe für solche Konflikte waren gerade nicht in das Kalkül der Individuen mit einbezogen und sind daher externe Effekte, die sich durch die Einführung von Normen internalisieren lassen. Verfügungsrechte verändern sich somit „to internalize externalities when the gains of internalization

⁴⁸² Zu Verdünnung (*attenuation*) und Exklusivität: Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 70 f.; Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 108; Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S. 61.

⁴⁸³ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 69 ff.; Hesse, 195 Jahrb. f. Nationalök. u. Stat. 481 (1980), passim; ein einheitlicher Begriff hat sich noch nicht herausgebildet, vgl. Damrau, Selbstregulierung, S. 56; *property rights* umfassen jedoch in jedem Fall die Dimension der Handlungsrechte im vorliegenden Kontext.

⁴⁸⁴ Vgl. Hax, ZgS 1985, 80.

⁴⁸⁵ Dazu: Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 173 ff.

⁴⁸⁶ In der Terminologie der Ökonomischen Rechtstheorie kann man auch den Begriff „Eigentum“ verwenden, der den *usus*, den *fructum usus* und den *abusus* umfasst, vgl. Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S. 61; Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 69; Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 272; anders gewendet bei Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 428.

⁴⁸⁷ Zur Trennung von Eigentum und Kontrolle allgemein: Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik, S. 428; daneben lassen sich noch andere Gründe nennen: Zeitmangel der Prinzipale, Mangel an finanziellen Ressourcen oder an Knowhow, vgl. Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 74.

⁴⁸⁸ „Als Eigentümer wird im Sinne dieser Konzeption [Exklusivität und Verdünnung] jener betrachtet, der über alle Handlungsrechte verfügt, die nicht ausdrücklich einem anderen zugewiesen sind, jener somit, der über die Residualrechte verfügt.“ Schäfer/Ott, Ökonomische Analyse, S. 71. In der Insolvenz gehen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse auf den Verwalter über. Der Schuldner bleibt dabei Eigentümer (Rechtsträger), nur die Rechtszuordnung verändert sich, vgl. Jacoby, Das private Amt, S. 28.

⁴⁸⁹ Zur Entstehung von Normen durch gegenseitige Beeinträchtigung: Opp, Entstehung sozialer Normen, S. 59; grundlegend am Beispiel der Einführung von Verfügungsrechten an Jagdgründen bei den Labrador-Indianern: Demsetz, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967), 351 ff.

become larger than the cost of internalization.“⁴⁹⁰ Die Internalisierungsthese lässt sich damit auf das Erfordernis verdichten, dass der direkte *Nutzen* aus der bestehenden Verfügungsrechtsstruktur gemeinsam mit den Transaktionskosten für ihre Änderung die *Kosten* der bestehenden Verfügungsrechtsstruktur übersteigen müssen, damit keine Änderung der Struktur notwendig wird.⁴⁹¹ Auf die Insolvenzsituation gewendet, sind die Schwellen der materiellen Insolvenz (drohende oder akute Zahlungsunfähigkeit sowie Überschuldung, §§ 16–19 InsO) Indikator für den Überschuss der Kosten der bestehenden Verfügungsrechtsstruktur. Mit der Beschränkung der Schuldnerrechte auf die Residualberechtigung versucht der Gesetzgeber, diesem Missverhältnis Rechnung zu tragen.

Dass die Transaktionskosten und die Kosten der *geänderten* Verfügungsstruktur in der Insolvenz *de lege lata* aber tatsächlich unter den Kosten der *bestehenden* Verfügungsstruktur liegen, ist keineswegs gesichert. Eindrucksvolles Zeugnis für diese reifende Erkenntnis ist die erstarkende Orientierung am Eigenverwaltungsverfahren des amerikanischen *Chapter 11*-Verfahrens.⁴⁹² Auch die historische Betrachtung hat gezeigt, dass das gläubigerzentrierte Verfahren nicht die pauschal vorzugswürdige Verfügungsrechtsstruktur bietet.

Die Allokationseffizienz, die wirtschaftliche Effizienz der Verteilung von Gütern und Rechten, ist Forschungsgegenstand der Wohlfahrtsökonomik.⁴⁹³ Ob die gesetzliche Lösung nun den Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik entspricht, muss hier nicht untersucht werden. Für die funktionale Begründung des Gläubigerausschusses, die hier gesucht wird, genügt die Orientierung an der tatsächlichen gesetzlichen Gestaltung des Insolvenzverfahrens.⁴⁹⁴ Der Gesetzgeber hat sich vermittelnd für die Verdünnung der Verfügungsrechte der Gläubiger durch eine Teilübertragung auf den Verwalter entschieden.

Die daraus resultierende unterschiedliche Nähe der Gläubiger und der Insolvenzverwaltung zur Insolvenzmasse begründet ein Informationsdefizit zulasten der Gläubiger.⁴⁹⁵ Dieses Defizit kann der Verwalter als Agent zu seinen Gunsten aus-

⁴⁹⁰ Demsetz, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967), 350.

⁴⁹¹ Nach Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik, S. 277 f.

⁴⁹² Zu Orientierung am *Chapter 11*-Verfahren und der Entwicklung des Eigenverwaltungsverfahrens: Wallner, ZIP 2015, 997.

⁴⁹³ Zu Effizienzprinzip und -kriterien: Rühl, Statut und Effizienz, S. 139 ff.

⁴⁹⁴ Die Wahl einer effizienten Allokationsstruktur ist allerdings entscheidend für ein effektives Verfahren. So stellen Picot/Dietl fest: „Zu den Bereichen, in denen die evolutionär entstandene Institutionenordnung individuell gestaltbare Handlungsspielräume belässt, gehört die wichtige Frage, wie die übertragbaren Entscheidungsrechte konkret verteilt werden sollen. Ihre Beantwortung ist unerlässliche Voraussetzung für eine effiziente Verwertung des innerhalb einer Gesellschaft auf ihre einzelnen Mitglieder verstreuten Wissens und damit wesentliche Grundlage menschlichen Fortschritts.“, Picot/Dietl, in: Ott (Hrsg.), Unternehmensrecht, S. 326.

⁴⁹⁵ Zur Informationsasymmetrie im *principal-agent*-Verhältnis: Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S. 80 f.; Die Informationsasymmetrie kann sich auf sog. *hidden action*, nicht

nutzen. Um Kosten für die Insolvenzmasse, die durch opportunes Verhalten des Verwalters in einer von den Gläubigern verschiedenen Präferenzstruktur entstehen können, gering zu halten, bedarf es ausreichender Kontrolle, sog. *monitoring*.⁴⁹⁶ Die Zahl der Gläubiger, die zu ihrem eigenen Nutzen eine solche Kontrolle gewährleisten müssten, kann ganz unterschiedlich ausfallen. Orientiert man sich aber an den Schwellenwerten des § 22a Abs. 1 InsO, liegt der Schluss nahe, dass bei der Einsetzung eines Gläubigerausschusses institutionelle Gläubiger, Lieferanten, der Staat und die Arbeitnehmer eine große Zahl an Gläubigern ergeben, die sich untereinander wahrscheinlich nicht kennen, oder noch nicht einmal voneinander wissen. Je kleiner dann die individuelle Forderung eines Gläubigers ist, desto eher wird er sich aus Kosten-Nutzen-Erwägungen gegen eine aktive Beteiligung an der Bewältigung der Kontrollaufgabe entscheiden.⁴⁹⁷ Es entsteht das sog. Trittbrettfahrerproblem (*free-rider problem*)⁴⁹⁸: Gläubiger entziehen sich der Kontrollaufgabe in der Annahme, die anderen Gläubiger würden bereits tätig.⁴⁹⁹ Diese *Logik des kollektiven Handelns* destilliert *Olson*, indem er feststellt, „dass je größer die Gruppe ist, um so weniger wird sie in der Lage sein, die optimale Menge eines Kollektivgutes bereitzustellen.“⁵⁰⁰ Das hier relevante Kollektivgut ist die suffiziente Kontrolle und Beratung der Insolvenzverwaltung. Das Trittbrettfahrerproblem könnte dabei jedoch zu vernachlässigen sein, wenn – wie in der Regel anzunehmen ist – nicht alle Gläubiger dasselbe geringe Interesse an der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung des Insolvenzverwalters haben, sondern einige Gläubiger mit besonders hohen Forderungen dafür Sorge tragen, dass das Kollektivgut bereitgestellt wird.⁵⁰¹ „Denn je größer das Interesse irgendeines einzelnen Mitgliedes am Kollektivgut, um so größer ist die Wahrscheinlichkeit, daß dieses Mitglied einen so bedeutenden Anteil am Gesamtvorteil [...] erhalten wird, daß es für es vorteilhaft ist, für die Bereitstellung des Gutes zu sorgen, sogar dann, wenn es die gesamten Kosten selbst tragen muß.“⁵⁰²

beobachtbare Handlungsalternativen, oder *hidden information*, unzugängliche Informationen über entscheidungsrelevante Zustände, beziehen, vgl. *Kräkel*, Organisation, S. 21 ff. Die letzten Fälle, die auch für den Gläubigerausschuss haftungsrelevant waren, betrafen *hidden action*. So etwa BGH im Urteil v. 09. 10. 2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, wo der Insolvenzverwalter Gelder veruntreut hatte.

⁴⁹⁶ *Schmolke*, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden Rn. 307; *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, S. 75; *Sappington*, 5 The Journal of Economic Perspectives 45 (1991), 52, der eine Übersicht der Anreizsysteme bietet, die etwa auch ergebnisabhängige Vergütung umfassen, wie sie für den Insolvenzverwalter vorgesehen ist, vgl. § 63 InsO i.V.m. § 1 InsVV.

⁴⁹⁷ *Olson*, Kollektives Handeln, S. 21; vgl. zur Kapitalgesellschaft *Auge-Dickhut*, Aufsichtsrat, S. 7.

⁴⁹⁸ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 115; *Erlei/Leschke/Sauerland*, Neue Institutionenökonomik, S. 349 f.

⁴⁹⁹ Vgl. zu Obligationären: *Reps*, Rechtswettbewerb, S. 183.

⁵⁰⁰ *Olson*, Kollektives Handeln, S. 33.

⁵⁰¹ *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 115.

⁵⁰² *Olson*, Kollektives Handeln, S. 33.

Die Kontrollrechte, die der Gesetzgeber der Gläubigerversammlung als Organ in den §§ 79, 66 Abs. 3 InsO eingeräumt hat, können diesen Effekt nutzen, um ein Überwachungs- und Kontrollvakuum zu verhindern. In den Fällen, in denen sich das beschriebene Trittbrettfahrerproblem in gläubigerarmen oder gar „gläubigerfreien Gläubigerversammlungen“⁵⁰³ zeigt, können besonders interessierte Gläubiger das Organ als Vehikel für ihr individuelles Kontrollbedürfnis nutzen. Bei großen und heterogenen Gruppen ist das von *Olson* benannte Trittbrettfahrerproblem somit tatsächlich weniger schwerwiegend, jedoch bemerkt er gleichzeitig, dass dann die „Tendenz zu einer willkürlichen Aufteilung der Lasten der Bereitstellung des Kollektivgutes“ entsteht.⁵⁰⁴ Es ist daher gerade in großen Gruppen sinnvoll, die Kontrolle und Beratung des Agenten zu institutionalisieren und die entstehenden Kosten auf alle Mitglieder der Gruppe zu verteilen.⁵⁰⁵ Durch die Einrichtung eines Gremiums kann zudem sichergestellt werden, dass in Kontrolle und Beratung tatsächlich ein Kollektivgut bereitgestellt und nicht durch nur selektive Ausübung der Auskunfts- und Teilhaberechte ein Partikularinteresse des einzelnen Gläubigers verfolgt wird. Eine Besetzung des Ausschusses mit Vertretern aller relevanten Gläubigergruppen, wie sie in § 67 Abs. 2 InsO genannt sind, kann dementsprechend eine ausgeglichene Interessenwahrnehmung gewährleisten. Dadurch wird auch die Akzeptanz der Gläubiger für Entscheidungen des Gremiums gestärkt und letztlich einer verfahrensverzögernden Diskussion im großen Rahmen der Gläubigerversammlung vorgegriffen. Die Praxis zeigt, dass im endgültigen Ausschuss die Besetzung des vorläufigen Ausschusses häufig bestätigt wird.⁵⁰⁶ Ist dem nicht so, bildet der Ausschuss immerhin die Mehrheitsverhältnisse der Gläubigerversammlung ab. Der Gläubigerausschuss lässt sich nach diesen Ausführungen rechtsökonomisch insbesondere für solche Fälle begründen, in denen eine Vielzahl von Gläubigern unterschiedlicher Forderungshöhe in der Gläubigerversammlung vertreten ist.

⁵⁰³ Dazu *Heukamp*, ZInsO 2007, 57; in mehr als der Hälfte der Fälle sollen Gläubigerversammlungen nur aus einem Zwiegespräch zwischen Insolvenzverwalter und Rechtspfleger bestehen, siehe *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 113.

⁵⁰⁴ *Olson*, Kollektives Handeln, S. 33.

⁵⁰⁵ *Weber* stellt sogar fest, „daß die Gläubigerversammlung ein zu schwerfälliges Organ ist und sich daher zu einer einflußreicheren Mitwirkung bei der Abwicklung nicht eignet.“, *Weber*, KTS 1959, 80, 86. Eine Wertung in diese Richtung ist gleichfalls möglich bei der Aussage der Motive zum Entwurf der Konkursordnung, durch die Einsetzung eines verantwortlichen Gläubigerausschusses werde es möglich, die Gesamtheit der Gläubiger von der eigentlichen Verwaltung fern zu halten, Motive KO (1874), S. 313.

⁵⁰⁶ Dieser Eindruck ist bei einer Akteneinsicht am Amtsgericht Hamburg entstanden. Dazu unten ausführlich, S. 115 ff.

II. Parallelbeispiele

Die Vergleichbarkeit der Organe eines Insolvenzverfahrens zu Corporate Governance-Strukturen wurde bereits angemerkt.⁵⁰⁷ Tatsächlich wird auch in der Literatur immer wieder die Ähnlichkeit von Gläubigerausschuss und Aufsichtsrat betont.⁵⁰⁸ Die Übertragung von Erkenntnissen über andere Organe auf den Gläubigerausschuss ist jedoch nur mit großer Vorsicht möglich.⁵⁰⁹ Im Folgenden werden zwei Gremien vorgestellt, die dem Gläubigerausschuss funktional ähnlich sind. Dies dient in der Gegenüberstellung zum einen dem besseren Verständnis der Rolle des Gläubigerausschusses selbst, zum anderen kann es in der Folge die Übertragbarkeit einzelner Erkenntnisse stützen oder ausschließen.

1. Aufsichtsrat

Wie der Gläubigerausschuss stellt auch der Aufsichtsrat ein Kontrollgremium dar, § 111 Abs. 1 AktG. Die Unternehmensverfassung von Gesellschaften außerhalb des Insolvenzverfahrens zeigt in den meisten Fällen eine innerbetriebliche Arbeitsteilung in der Trennung von Eigentum und Kontrolle.⁵¹⁰ Die Delegation der Leitungsaufgabe durch die Eigentümer⁵¹¹ an die Geschäftsleitung erleichtert und beschleunigt die Entscheidungsprozesse, die ansonsten durch mögliche Intragruppenkonflikte⁵¹² oder fehlendes Fachwissen⁵¹³ erheblich erschwert würden. Für eine solche Unternehmensverfassung haben sich die Eigentümer – im Gegensatz zu den Gläubigern eines insolventen Schuldners – in der Regel entweder durch Teilhabe an der Gründung oder aber durch bewussten Erwerb von Anteilen entschieden. Darin liegt gleichfalls eine bewusste Entäußerung privatautonomer Regelsetzungsbefugnisse und deren Übertragung auf ein gesondertes Exekutivorgan und ein Kontrollorgan. Parallel zu den Gläubigern in der Insolvenz treten die Anteilseiner einer Aktiengesellschaft im Sinne der *principal agent*-Theorie in die Position des Prinzipals und der Vorstand in die des weisungsfreien Agenten. Das sich dabei erhebende Agenturproblem der Informationsasymmetrie⁵¹⁴ durch unterschiedliche Nähe zum

⁵⁰⁷ Siehe S. 102 f.

⁵⁰⁸ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 52; *Vortmann*, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 171, 319; *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 92; *Kumpan*, Interessenkonflikt, S. 223; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 1095, 1097; *Fürst*, DZWIR 2006, 499; schon früh bezeichnete den Gläubigerausschuss pauschal als „*Aufsichtsrat des Konkurses*“: *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1911, § 87 Anm. 1; *ders.*, Lehrbuch, S. 75.

⁵⁰⁹ Zur Argumentation bezüglich der Business Judgement Rule etwa: S. 174 ff.

⁵¹⁰ Vgl. *Schewe*, Unternehmensverfassung, S. 57.

⁵¹¹ Auch hier gilt der Dreiklang von *usus*, *fructum usus* und *abusus*, vgl. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 428.

⁵¹² *Schewe*, Unternehmensverfassung, S. 30.

⁵¹³ *Metten*, Corporate Governance, S. 47.

⁵¹⁴ *Metten*, Corporate Governance, S. 47 ff.; *Dutzi*, Aufsichtsrat als Instrument der Corporate Governance, S. 136.

operativen Geschäft verwehrt dem Prinzipal die Einsicht darüber, ob die durch den Agenten verfolgten Ziele mit denen des Prinzipals übereinstimmen.⁵¹⁵ Fallen die von Prinzipal und Agent verfolgten Ziele auseinander, entsteht ein Agenturkonflikt.⁵¹⁶ Dieser bringt für den Prinzipal sog. Agenturkosten⁵¹⁷ mit sich. Sie umfassen sowohl die Kosten zur Eindämmung der Interessenabweichungen als auch die Schäden aus deren Existenz. Im Verhältnis Vorstand – Aktionäre mildert der Aufsichtsrat als interner *Corporate Governance*-Mechanismus⁵¹⁸ solche Divergenzen durch Kontrolle zurückliegender und bevorstehender Vorstandstätigkeit.⁵¹⁹ Der Aufsichtsrat überwacht, ob der Vorstand bei seiner Leitungstätigkeit die in einem Unternehmen zusammentreffenden Interessen hinreichend wahr.⁵²⁰ Diese, nach Rechtsprechung und herrschender Lehre interessenplurale,⁵²¹ Zielkonzeption eines Unternehmensinteresses ist nicht zwangsläufig identisch mit der individuellen Wohlfahrt der Anteilseigner, dem sog. *shareholder value*⁵²², sondern erfasst insbesondere eine nachhaltige Unternehmensrentabilität⁵²³ sowie die Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit und der Arbeitnehmer.⁵²⁴ Dies bietet nach nunmehr gefestigter Ansicht als Zielbestimmung zwar ebenfalls Raum für die individuellen Ziele und Wünsche einzelner Aktionäre,⁵²⁵ geht aber über eine reine Marktwertorientierung hinaus.⁵²⁶ Der Aufsichtsrat überprüft somit, ob die Handlungen des Vorstandes nach vernünftigem Ermessen dem langfristigen Nutzen der Gesellschaft dienen.⁵²⁷ Einen Gewichtungsvorsprung der Interessen der Anteilseigner gibt es nach herrschender Ansicht nicht.⁵²⁸

⁵¹⁵ Schewe, Unternehmensverfassung, S. 57; Janson, Ökonomische Theorie im Recht, S. 80 ff.

⁵¹⁶ Die Präferenzstruktur des Agenten kann auf eigene Interessen ausgerichtet sein, sodass er seine Entscheidungskompetenzen opportunistisch ausübt – *moral hazard*, vgl. Dutzi, Aufsichtsrat als Instrument der Corporate Governance, S. 138.

⁵¹⁷ *Agency loss*, der in diesem Sinnzusammenhang im Deutschen wohl besser „Delegationsverlust“ genannt werden sollte: Donaldson, 15 Acad. Manage. Rev. 369 (1990), passim; Schewe, Unternehmensverfassung, S. 58.

⁵¹⁸ Vgl. Schumacher, CG und Insolvenz, S. 99.

⁵¹⁹ Der Aufsichtsrat ist im 19. Jhd. aus dem Bedürfnis zur Kontrolle des Vorstandes entstanden, dem zunächst durch die Einsetzung von Aktionärsausschüssen entsprochen worden ist, vgl. Hommelhoff, in: Schubert/Hommelhoff (Hrsg.), 100 Jahre modernes AktR, S. 93 ff.

⁵²⁰ Spindler, in: Spindler/Stilz AktG, § 116 Rn. 30.

⁵²¹ Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 76 Rn. 28; Teubner, ZHR 1984, 470.

⁵²² So Spindler, in: Spindler/Stilz AktG, § 116 Rn. 31; Mülbelt, ZGR 1997, 129 ff.; a.A. Schmidt/Spindler, in: Assmann/Kübler (Hrsg.), FG Kübler, S. 536 ff.

⁵²³ Vgl. Kort, AG 2012, 605, 609 f.

⁵²⁴ Ausschussbericht bei: Kropff, Aktiengesetz, S. 98.

⁵²⁵ Fleischer, in: Spindler/Stilz AktG, § 76 Rn. 36.

⁵²⁶ So noch in DCGK 2008, vgl. Spindler, in: Spindler/Stilz AktG, § 116 Rn. 31.

⁵²⁷ BVerfG im Beschluss v. 07. 11. 1972 – 1 BvR 338/68, BVerfGE 34, 103; Spindler, in: Spindler/Stilz AktG, § 116 Rn. 33.

⁵²⁸ Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 28 II 1 a; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 76 Rn. 28.

Die Aufgabe des Aufsichtsrates ist daher nicht vornehmlich die Vertretung der Interessen von Anteilseignern, sondern die Prüfung, ob die Vorstandstätigkeit mit einem generalisierten Unternehmensinteresse vereinbar ist. So kann Risiken wie einem zu geringen Leistungsniveau, verschwenderischen Ausgaben, Tatsachenmanipulation und Selbstbedienung im Vorstand vorgebeugt werden.⁵²⁹

Fraglich ist, ob auch für den Gläubigerausschuss eine interessenplurale Zielkonzeption als Maßstab der Kontrolltätigkeit gilt. In der Literatur wird insbesondere gefragt, ob neben den Interessen der Insolvenzgläubiger auch die Interessen aller anderen Verfahrensbeteiligten durch den Gläubigerausschuss gewahrt werden müssten.⁵³⁰ Die in der Rechtsprechung und Literatur verwandte Terminologie ist weder einheitlich noch übersichtlich.⁵³¹ Es erschwert die Auswertung, dass in der alten Haftungsnorm des § 89 KO „alle Beteiligte“ als Aktivlegitimierte genannt wurden, während § 71 InsO nur noch die absonderungsberechtigten Gläubiger und die Insolvenzgläubiger nennt. Vor diesem Hintergrund kann es heute nicht mehr ausschlaggebend sein, wenn der BGH 1993 zum alten Recht noch davon spricht, der Gläubigerausschuss sei allen Beteiligten verantwortlich.⁵³² Daran wird allerdings deutlich, dass das Handeln im Interesse eines Akteurs streng getrennt werden muss von der Haftung ihm gegenüber. In diesem Sinne lässt sich festhalten, dass der Gläubigerausschuss idealtypisch jedenfalls im Kollektivinteresse aller Verfahrensbeteiligten tatsächlich tätig wird, wenn er seine Aufgaben wahrnimmt.⁵³³ Dies ist wegen der oben beschriebenen⁵³⁴ Bindung des Ausschusses an das normierte Kollektivinteresse als Verfahrenszweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung unbestreitbar.⁵³⁵ Sicherlich unterliegen die Gläubigervertreter dabei einem permanenten Konflikt zwischen der Vertretung der Einzelinteressen und dem abstrakten

⁵²⁹ Risikogruppen nach: *Tirole*, Theory of Corporate Finance, S. 16 f.; siehe auch: *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 430.

⁵³⁰ Vgl. *Kumpian*, Interessenkonflikt, S. 223 f.; diese Frage wird auch bei der Behandlung der Haftung der Gläubigerausschussmitglieder sowie ihrem Verhältnis zu anderen Verfahrensbeteiligten virulent und dort spezifisch behandelt, siehe S. 167 ff. und 117 f.

⁵³¹ Beispielhaft etwa: AG Hildesheim im Beschluss v. 22.06.1984 – 25 N 26, 27/74, KTS 1985, 130, 131, das zunächst feststellt, es müssten die Gesamtinteressen aller am Konkurs Beteiligten gewahrt werden, dann aber auch, der Gläubigerausschuss habe der Gesamtheit der Gläubiger zu dienen. So stellt denn auch *Vortmann* fest, der Streit werde stark begriffjuristisch geführt, *Vortmann*, in: *Pape/Gundlach/Vortmann* (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 171.

⁵³² BGH im Urteil v. 11.11.1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 93.

⁵³³ Die Wahrung der Interessen der übrigen Verfahrensbeteiligten sei in der Überwachung der Verfahrensabwicklung durch den Ausschuss eingeschlossen, *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork* InsO, § 69 Rn. 5. Es entspreche nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass der Gläubigerausschuss ausschließlich im Gesamtinteresse aller Verfahrensbeteiligter tätig werde, formuliert: *Vallender*, in: *Berger/Kayser/Ganter* (Hrsg.), FS *Ganter*, S. 396.

⁵³⁴ Siehe S. 95.

⁵³⁵ In diesem Sinne formuliert *Knof*, die „Rechte und Pflichten der Mitglieder [seien] allein an den Zielen des Verfahrens [zu] orientieren“, *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 67 Rn. 2.

Kollektivinteresse.⁵³⁶ Dieses faktische Dilemma hat aber für eine etwaige gesetzlich angelegte Zielkonzeption keine Folgen. Dementsprechend herrschend ist die Ansicht, dass der Gläubigerausschuss das Gesamtinteresse der Gläubiger zu wahren bestimmt ist.⁵³⁷ Formal hingegen ist der Gläubigerausschuss allein den absonderungsberechtigten und sonstigen Insolvenzgläubigern zum Schadensersatz verpflichtet, § 71 S. 1 InsO. Die Interessen der übrigen Beteiligten werden auch laut Regierungsentwurf durch die umfassenden Pflichten des Insolvenzverwalters und durch die Aufsicht des Gerichts geschützt.⁵³⁸ Dabei ergibt sich kein Widerspruch, denn das gemeinschaftliche Interesse der Insolvenzgläubiger und absonderungsberechtigten Gläubiger ist im Verfahrenszweck das gleiche wie das der übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Gläubigerausschussmitglieder sind gerade nicht zur Vertretung von Partikularinteressen bestimmt. Daher können auch die von *Heidland* vorgebrachten Zweifel nicht greifen, es sei fragwürdig, dass ein Gläubigerausschussmitglied ungeschoren davonkäme, wenn es bei einer Unterredung mit dem Insolvenzverwalter vorsätzlich oder fahrlässig Tatsachen verschweige, die einen Aussonderungstatbestand zugunsten eines Dritten begründen, sodass die betroffenen Gegenstände verwertet werden.⁵³⁹ In diesem Sonderfall sind die Interessen des Aussonderungsberechtigten – der unter Umständen auch selbst hätte tätig werden können – Partikularinteressen, die für den Insolvenzzweck der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung keine Bedeutung haben⁵⁴⁰ und zudem über §§ 48 und 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO umfassend geschützt werden. Die Bedenken *Vallenders*, der kompensierende Massebereicherungsanspruch werde *erst* an dritter Stelle befriedigt, § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO,⁵⁴¹ können in Fällen, in denen ein Gläubigerausschuss eingesetzt wird, angesichts der regelmäßig für die Massekosten ausreichenden Insolvenzmasse vernachlässigt werden.

Nun ließe sich einwenden, dass auch die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse der Arbeitnehmer eines insolventen Unternehmens die Vertretung von Partikularinteressen bedeute.⁵⁴² Auch hier wird man aber nur insoweit eine Parti-

⁵³⁶ *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, 444; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2005, 974, 975; zum Interessenkonflikt, insbesondere im Fall des Insolvenzverwalters als Gläubigerausschussmitglied: *Pape*, ZInsO 2002, 1017, passim.

⁵³⁷ „Gesamtinteresse der Gläubiger“: *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz S. 211; *Frege*, NZG 1999, 478, 479; „Interessen der Gläubigergesamtheit“: *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1250; „Belange der Gesamtgläubigerschaft“: *Vallender*, WM 2002, 2040, 2044; „Gesamtinteresse der Gläubigergemeinschaft“: BGH im Beschluss v. 24.01.2008 – IX ZB 222/05, ZIP 2008, 652, 654.

⁵³⁸ Allgemeine Begründung, RegE, in: *Balz/Landfermann* (Hrsg.), Insolvenzgesetze, S. 14, 44.

⁵³⁹ *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 725 Rn. 28.

⁵⁴⁰ Der aussonderungsberechtigte Gläubiger ist gerade kein Insolvenzgläubiger, vgl. § 47 S. 1 InsO.

⁵⁴¹ *Vallender*, in: *Berger/Kayser/Ganter* (Hrsg.), FS Ganter, S. 397.

⁵⁴² Zur Arbeitnehmerbeteiligung unten, S. 145 ff.

kularinteressenvertretung durch das einzelne Ausschussmitglied rechtfertigen können, wie dies nicht dem Kollektivinteresse zuwider läuft. Letztlich beschränkt sich die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen darauf, dass aus mehreren gleich geeigneten Handlungsmöglichkeiten die sozialverträglichste gewählt wird.⁵⁴³

Somit wird der Gläubigerausschuss tatsächlich im Interesse aller Verfahrensbeteiligten tätig. Haftungsbewährt ist eine Verletzung dieses Interesses jedoch nur gegenüber absonderungsberechtigten Gläubigern und Insolvenzgläubigern, § 71 S. 1 InsO. Eine interessenplurale Zielkonzeption wie im Aufsichtsrat ist daher für den Gläubigerausschuss abzulehnen.

Der Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaften und der Gläubigerausschuss haben allerdings funktionale Gemeinsamkeiten, die in ihrer institutionenökonomischen Begründung fußen und sogar terminologisch verfestigt waren. So sprach die Preussische Konkursordnung von 1855 in den §§ 217 ff. noch vom Verwaltungsrath, wenn sie den Gläubigerausschuss meinte. Diese Terminologie war gleichzeitig gängig für kontrollierende Organe in Aktiengesellschaften.⁵⁴⁴ Dass dann im ADHGB dennoch der Begriff „Aufsichtsrath“ verwendet wurde, war vermutlich allein der terminologischen Angleichung an das Recht der KGaA geschuldet.⁵⁴⁵

Trotz dieser Gemeinsamkeiten bezieht sich die Kontrollarbeit des Aufsichtsrates neben der Verfolgung eines privatautonom gesetzten Gesellschaftszwecks als Kollektivinteresse auch auf ein darüber hinausgehendes Interesse der Allgemeinheit. Eine Kontrollfunktion erfüllt auch der Gläubigerausschuss, wobei das pauschalisierte Gemeininteresse hier die möglichst umfassende Haftungsverwirklichung darstellt. Sie ist nicht Produkt einer vertraglichen Regelung der Gläubiger, sondern ein Werturteil der Interessenjurisprudenz, das, wie im Falle von Frankreich gezeigt⁵⁴⁶, auch anders ausfallen könnte. Durch die Einbeziehung der *stakeholder* in den Horizont des Aufsichtsrates auf der einen Seite, durch die personelle Öffnung gegenüber Dritten auf der anderen Seite entfernt sich der Aufsichtsrat stärker vom Prinzipal als der Gläubigerausschuss.

⁵⁴³ Demgegenüber führt *Hegmanns* aus, der Gläubigerausschuss dürfe wegen der dadurch entstehenden Verzögerung auch bei unveränderter Quote einer Betriebsfortführung nicht nur deshalb zustimmen (die Entscheidung fällt ohnehin regelmäßig die Gläubigerversammlung, § 157 S. 1 InsO, sofern sie nicht ausdrücklich delegiert wurde, vgl. *Heukamp*, ZInsO 2007, 57, 59), weil dadurch Arbeitsplätze erhalten blieben: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 89. Tatsächlich aber widerspricht eine gleichbleibende jedoch verzögerte Befriedigung keineswegs dem Insolvenzszweck der gleichmäßigen Befriedigung. Wäre die Zeit eine zu berücksichtigende Größe, wären auch Umschuldung oder Eigenverwaltung abzulehnen.

⁵⁴⁴ „Controlirende [...] Organe der Gesellschaft, welche zur Controlle der Direction bestellt sind, und die gewöhnlich Verwaltungsrath genannt werden“, *Schubert*, Protokolle I, S. 346.

⁵⁴⁵ Dazu ausführlich: *Lieder*, Aufsichtsrat, S. 65 ff.

⁵⁴⁶ Oben, S. 65 ff.

2. Kollektivinteressenvertretung durch Betriebsrat

Während im Aufsichtsrat die Unterschiede zwischen Unternehmensinteresse und Kollektivinteresse der Anteilseigner im Vordergrund stehen, eignet sich der Betriebsrat besonders für eine Untersuchung der Verteilung von Autonomie zwischen Gremium und vertretenem Kollektiv. Ähnlich dem Prinzip der Gläubigerautonomie ist auch die Betriebsautonomie⁵⁴⁷ Zuordnungsrahmen nichtstaatlicher Regelsetzung.

Betriebsautonomie beschreibt einen rechtlichen Zuweisungsrahmen individueller Handlungsfreiheit im Bereich betriebsinterner Regelsetzung. Auch hier wird überwiegend angenommen, dass Vereinbarungen, die betriebsintern allgemein verbindlich, jedoch von Betriebsrat und Arbeitgeber getroffen worden sind, heteronome Regelungen aus der Perspektive derjenigen Betriebsangehörigen darstellen, die weder der Vereinbarung direkt zugestimmt, noch den Urheber der Regelsetzung ermächtigt haben.⁵⁴⁸ Ob dies zutrifft, kann hier offen bleiben. Entscheidend ist, dass bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung die Autonomieträgerschaft beim Betriebsrat liegt und nicht bei der dahinterstehenden Belegschaft. Somit bedienen sich die Arbeitnehmer nicht eines besonderen Organs zur Betätigung einer ihnen gesetzlich zugewiesenen Handlungsfreiheit, sondern dieses gesonderte Organ ist seinerseits ein durch Gesetz mit Aufgaben und Befugnissen ausgestatteter Funktionsträger zur privaten Rechtssetzung⁵⁴⁹ und dient dem Schutz der Arbeitnehmer in ihrem – freilich privatautonom – geschaffenen arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnis.⁵⁵⁰ Darin zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen einem privatautonom artikulierten Individualwillen des einzelnen Arbeitnehmers und der Betätigung von Betriebsautonomie als (dennoch) Kollektivautonomie des Arbeitsrechts durch den Betriebsrat.⁵⁵¹ Dieser Konflikt kann auch im Verhältnis des Gläubigerausschusses zur Gläubigerversammlung auftauchen. Dennoch entsteht nicht zwangsläufig das gleiche Legitimationsproblem, das bei Betriebsvereinbarungen gesehen wird: Wenn die Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuss wählt, entäußert sie sich willentlich überwiegend eigener Rechte und überträgt sie dem Ausschuss. Nur einige

⁵⁴⁷ Die Tarifautonomie kann hier außer Betracht bleiben, denn die Rechtsnormen des Tarifvertrages erstrecken sich wegen des staatlichen Geltungsbefehls auch auf Arbeitnehmer, die dem Tarifvertrag weder mittelbar noch unmittelbar zugestimmt haben. Dadurch können sie als reine Heteronomie bezeichnet werden, vgl. *Magen*, in: *Privates Recht*, S. 233; *Waltermann*, *Betriebsvereinbarung*, S. 88 ff., 142 ff.

⁵⁴⁸ *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.) *BetrVG*, § 77 Rn. 65; *Bachmann*, *Private Ordnung*, S. 214; dagegen ordnet *Magen* die Betriebsvereinbarung durch die Legitimation des Betriebsrates im Sinne der §§ 7 ff. *BetrVG* eher als sog. konsentierter Heteronomie ein, vgl. *Magen*, in: *Privates Recht*, S. 234.

⁵⁴⁹ Die Betriebsvereinbarung als private Rechtsetzung bezeichnend: BAG im Urteil v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06, *BAGE* 120, 308.

⁵⁵⁰ *Koch*, in: *ErfKo ArbR*, § 1 *BetrVG* Rn. 1; *Besgen*, in: *Beck-OK ArbR*, § 1 *BetrVG* Rn. 1.

⁵⁵¹ Vgl. *Waltermann*, *Betriebsvereinbarung*, S. 148.

besondere Befugnisse des Ausschusses sind originär.⁵⁵² Daher treffen in diesem Fall Autonomieträgerschaft und Legitimationsbasis zusammen. Im vorläufigen Gläubigerausschuss ist freilich die personelle Legitimation reduziert, kann aber durch sachlich-inhaltliche Legitimation durch Interessenvertretung in der wichtigen Phase vor dem ersten Berichtstermin kompensiert werden.⁵⁵³ Im Betrieb hingegen muss der Autonomieträger erst eingesetzt werden, sodass Legitimationsbasis und Autonomieträger voneinander verschieden sind. Somit stellt sich die Legitimationsproblematik der Betriebsvereinbarung bei Beschlüssen des Gläubigerausschusses nicht im gleichen Umfang.

III. Zwischenergebnis

Der Gläubigerausschuss ist zwischen Gläubigerversammlung als Prinzipal und Insolvenzverwalter als Agenten geschaltet, um insbesondere im Falle großer Gläubigerversammlungen ein aus der Logik kollektiven Handelns resultierendes Kontroll- und Beratungsvakuum des Insolvenzverwalters zu verhindern. Dadurch wird die Akzeptanz der Entscheidungen der Insolvenzverwaltung gestärkt und das Informationsdefizit zulasten der Gläubiger ausgeglichen. Die Interessen aller Beteiligten im Insolvenzverfahren werden dabei zwar faktisch jedoch nicht formal wahrgenommen, denn haftungsrechtlich sind die Ausschussmitglieder nach § 71 InsO nur den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern verpflichtet.

Der Aufsichtsrat nimmt grundsätzlich eine dem Gläubigerausschuss vergleichbare Stellung in der Körperschaft ein. Er ist kein ausführendes, sondern – soweit ihm keine besonderen Befugnisse mit Außenwirkung zukommen – ein unterstützendes Interessenvertretungsorgan. Das Interesse ist ein Unternehmensinteresse, das von dem Kollektivinteresse der Anteilseigner abweichen kann. In diesem weiten Pflichtenkreis unterscheidet sich der Aufsichtsrat vom Gläubigerausschuss.

Der Betriebsrat ist ein gesetzlich geregeltes Instrument der Mitbestimmung und steht nur bezüglich seiner Besetzung in der Prärogative der Arbeitnehmer. Letztere haben sich durch ihren Arbeitsvertrag privatautonom in ein Subordinationsverhältnis begeben, dessen Risiken der Ausbeutung und einseitigen Regelsetzung durch einen Mitbestimmungsmechanismus abgefangen werden sollen. Der Gesetzgeber räumt zu diesem Zweck eine Betriebsautonomie ein, die auf Seiten der Arbeitnehmer durch den Betriebsrat wahrgenommen wird. Er ist somit Exekutivorgan und Autonomie-

⁵⁵² Beispielsweise die Stellungnahme zum Insolvenzplan, § 232 Abs. 1 Nr. 1 InsO, die Bestätigung des Plans, § 248 Abs. 2 InsO, oder die Zustimmung zur Verteilung der Masse, § 187 Abs. 3 S. 2 InsO. Die Stilllegung des Betriebs vor dem Berichtstermin gehört nicht in diese Reihe, weil hier der Ausschuss nicht durch die Gläubiger selbst gewählt worden ist.

⁵⁵³ Der vorläufige Gläubigerausschuss sei „eingeschränkt repräsentativ“, *Frind*, ZInsO 2013, 279; wobei weniger Repräsentativität als mehr Legitimation den entscheidenden Unterschied zwischen vorläufigem und endgültigem Ausschuss ausmacht.

träger, bezieht aber seine Legitimation aus der Wahl durch die Arbeitnehmer. Dadurch wird ähnlich wie beim Gläubigerausschuss die Akzeptanz für die unternehmerische Entscheidung in der Basis gestärkt.

C. Erscheinungsformen des Gläubigerausschusses

Der Gläubigerausschuss kann in unterschiedlichen Phasen des Verfahrens eingesetzt werden und dementsprechend ein unterschiedliches Aufgabenspektrum erfüllen. Der Ausschuss lässt sich nach fünf verschiedenen Verfahrensstadien und Situationen unterscheiden. Mit Gesetz vom 13.04.2017⁵⁵⁴ neu hinzugekommen ist nun auch ein Gruppen-Gläubigerausschuss für die Koordinierung in der Konzerninsolvenz. Die einzelnen Ausschüsse sind voneinander unabhängig; bei Beginn eines neuen Verfahrensstadiums setzen sie sich nicht automatisch fort.⁵⁵⁵

I. Der originäre vorläufige Pflichtausschuss

Schon in den Motiven zur Konkursordnung wurde festgestellt: „Von den in den ersten Wochen zu treffenden Einleitungen hängt wesentlich der günstige oder ungünstige Erfolg der Realisation der Masse ab; [...]“. ⁵⁵⁶ Mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, dem ESUG⁵⁵⁷, wurde daher der schon in der Phase zwischen Insolvenzantragsstellung und Verfahrenseröffnung die Möglichkeit eingeräumt, die Interessen der Gläubiger frühzeitig durch ein Gremium vertreten zu lassen, § 21 Abs. 2 Nr. 1a i.V.m. § 22a InsO. Dabei sind die Gläubiger an der Einsetzung des vorläufigen Ausschusses nicht beteiligt.⁵⁵⁸ In diesem frühen Verfahrensstadium gab es für den – dann auch noch unüberschaubaren – Gläubigerkreis keine Möglichkeit zur gemeinsamen Willensbildung.

Der Gesetzgeber will insbesondere eine ausreichende Gläubigerbeteiligung in bedeutenden Verfahren mit laufendem Geschäftsbetrieb gewährleisten.⁵⁵⁹ Diese Verfahren, in denen ein sog. originärer Pflichtausschuss eingesetzt werden muss, sollen sich mithilfe dreier Merkmale bestimmen lassen: eine Bilanzsumme von mindestens 6 Mio. Euro (Nr. 1), Umsatzerlöse von mindestens 12 Mio. Euro (Nr. 2) sowie eine Arbeitnehmerzahl von 50 im Jahresdurchschnitt (Nr. 3), § 22a Abs. 1

⁵⁵⁴ BGBl. I 2017 Nr. 22, S. 866.

⁵⁵⁵ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 2; Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1194c; Cranshaw/Portisch/Knöpnadel, ZInsO 2015, 1, 6.

⁵⁵⁶ Goldammer (Hrsg.), Kommentar und Materialien KO, S. 391.

⁵⁵⁷ Gesetz v. 7. 12. 2011, BGBl. I 2011 Nr. 64 13. 12. 2011, S. 2582; näher zu den Wirkungen des ESUG unten, S. 126 f.

⁵⁵⁸ Vgl. Mönning, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 94.

⁵⁵⁹ BT-Drs. 17/5712, S. 24; Frind, in: HamKo InsO, § 22a Rn. 3.

InsO. Diese Kennzahlen sind negativ an die Definition der kleinen Kapitalgesellschaft aus § 267 HGB gekoppelt⁵⁶⁰ und beziehen sich auf den Abschluss des vorangegangenen Geschäftsjahres.⁵⁶¹ Erfüllt das Schuldnerunternehmen zwei der drei Kriterien, hat das Gericht somit einen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen, wenn nicht der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt ist, die Kosten eines Ausschusses mit der Insolvenzmasse nicht in Verhältnis stehen⁵⁶² oder die – zwangsläufige – Verzögerung des Verfahrens durch die Ausschusseinsetzung eine Vermögensgefährdung mit sich bringt, § 22a Abs. 3 InsO. Eine Verzögerung des Verfahrens kann sich auch dadurch ergeben, dass die im Antrag dargelegten Informationen dem Gericht nicht genügen, um die Erfüllung der Kriterien beurteilen zu können. Dabei ist es nach dem Beibringungsgrundsatz Aufgabe des Eigenantragstellers, die für die Entscheidung notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen.⁵⁶³

II. Der derivative vorläufige Gläubigerausschuss (Antragsausschuss)

Der derivative Pflichtausschuss des § 22a Abs. 2 InsO ist erst durch eine Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses⁵⁶⁴ aufgenommen worden, um eine Gläubigerbeteiligung dann zu erleichtern, wenn die Schwellenwerte des Abs. 1 nicht erreicht werden.⁵⁶⁵ § 22a Abs. 2 InsO ermöglicht dem Schuldner, dem vorläufigen Insolvenzverwalter und insbesondere dem Gläubiger einen Antrag auf Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, wenn gleichzeitig mögliche Mitglieder des Ausschusses genannt werden. Dem Antrag muss eine Einverständniserklärung der vorgeschlagenen Mitglieder beigefügt werden, § 22a Abs. 2 a.E. InsO. Die Soll-Vorschrift gibt dem Gericht einen gebundenen Ermessensspielraum, der kein Entschließungsermessen eröffnet.⁵⁶⁶ Nicht gebunden ist das Gericht bei der Auswahl der einzusetzenden Personen.⁵⁶⁷

⁵⁶⁰ 2015 wurden die Kennzahlen für Bilanzsumme und Umsatzerlöse um 24 % angehoben, Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/34/EU, 17.07.2015, BGBl. I S. 1245. Dadurch wird auch vereinzelter Stimmen, denen zufolge die Schwellenwerte zu niedrig seien (*Pape*, ZInsO 2011, 1033; *Zuleger*, NZI 2011, 136, 137) entgegengekommen.

⁵⁶¹ *Frind*, in: HamKo InsO, § 22a Rn. 4.

⁵⁶² Das kann auch dann der Fall sein, wenn die Kriterien des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt sind, da die erreichten Werte über elf Monate zurückliegen können.

⁵⁶³ *Hölzle*, in: K. Schmidt InsO, § 22a Rn. 21; *Haarmeyer*, in: MüKo InsO, § 22a Rn. 79; *Vallender*, in: Uhlenbruck InsO, § 22a Rn. 11.

⁵⁶⁴ BT-Druck S. 17/7511, S. 8.

⁵⁶⁵ *Haarmeyer*, in: MüKo InsO, § 22a Rn. 100; *Frind*, ZInsO 2012, 2028, 2029.

⁵⁶⁶ *Hölzle*, in: K. Schmidt InsO, § 22a Rn. 8; *Haarmeyer*, in: MüKo InsO, § 22a Rn. 102; *Vallender*, in: Uhlenbruck InsO, § 22a Rn. 30.

⁵⁶⁷ *Vallender*, in: Uhlenbruck InsO, § 22a Rn. 30; *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2250.

Trotz des eingeschränkten Entschließungsermessens sind weiterhin nach ganz herrschender und überzeugender Ansicht die Öffnungsklauseln des § 22a Abs. 3 InsO zu beachten, nach denen die Einsetzung eines Ausschusses unter Umständen unverhältnismäßig sein kann.⁵⁶⁸ Teilweise wird vorgebracht, dass die Beschränkung der gläubigerautonen Einflussmöglichkeit in den Fällen des Abs. 3 gerade das zentrale Reformziel der Verfahrens- und Prozesssicherheit konterkariere.⁵⁶⁹ Hier kann allerdings das oben entwickelte Bild der Gläubigerautonomie fruchtbar gemacht werden. Beschränkt das Gesetz solche Einflussmöglichkeiten der Gläubiger auf das Verfahren, die es ermöglichen, andere Interessen als das der kollektiven Haftungsverwirklichung zu verfolgen, geht dies gerade nicht zulasten der Gläubigerautonomie. Verfahrens- und Prozesssicherheit wird dabei nur dann für alle Gläubiger gleichmäßig gewährleistet, wenn ein potenzieller Masseschaden – wie hier durch Zeitverzögerung – frühzeitig verhindert werden kann. Daher finden die Öffnungsklauseln grundsätzlich auch auf die Fälle der Pflichtausschüsse aus § 22a Abs. 1 und 2 InsO Anwendung.

III. Der fakultative vorläufige Gläubigerausschuss (amtswegiger Ausschuss)

In Einzelfällen ist es denkbar, dass auch bei Verfahren, die schlicht nicht den Voraussetzungen der Pflichtausschüsse entsprechen, ein vorläufiger Gläubigerausschuss sinnvoll ist. Dies kann etwa bei eingestellten Geschäftsbetrieben oder besonders komplizierten Vermögenssituationen der Fall sein.⁵⁷⁰ Entsprechend kann der Sachverhalt beispielsweise in Konzernstrukturen, bei großvolumigen Nachlassinsolvenzen, bei einem angestrebten Liquidationsinsolvenzplan oder in Sekundärinsolvenzverfahren iSd §§ 356 ff. InsO liegen;⁵⁷¹ wenn also bereits im Eröffnungsverfahren wesentliche Entscheidungen über das Vermögen getroffen werden können. In diesen Fällen kann das Gericht gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO nach pflichtgemäßem Ermessen einen vorläufigen Gläubigerausschuss einsetzen. Die Einsetzungsbremse des § 22a Abs. 3 InsO findet hier freilich keine Anwendung, denn anders als bei § 22a Abs. 1 und 2 InsO wird das gerichtliche Ermessen nicht durch die Einwirkung an-

⁵⁶⁸ Hölzle, in: K. Schmidt InsO, § 22a Rn. 23; Vallender, in: Uhlenbruck InsO, § 22a Rn. 30.

⁵⁶⁹ Siehe zu diesen Bedenken Haarmeyer/Horstkotte, ZInsO 2012, 1441; Haarmeyer, in: MüKo InsO, § 22a Rn. 144.

⁵⁷⁰ Haarmeyer, in: MüKo InsO, § 22a Rn. 122; Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1193.

⁵⁷¹ Siehe die Fallgruppen bei Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1194a.

derer Verfahrensbeteiligter reduziert und bedarf daher auch keines zusätzlichen Sicherungsmechanismus.⁵⁷²

IV. Der vorläufige Gläubigerausschuss des eröffneten Verfahrens (Interimsausschuss)

Gem. § 67 Abs. 1 kann das Gericht auch vor der ersten Gläubigerversammlung nach pflichtgemäßem Ermessen einen Gläubigerausschuss einsetzen. Dieser vorläufige Ausschuss des eröffneten Verfahrens – ein sog. Interimsausschuss⁵⁷³ – ist nicht abhängig von einem vorläufigen Ausschuss im Eröffnungsverfahren. Zwischen den beiden Ausschüssen besteht auch nicht zwingend eine Personalkontinuität.⁵⁷⁴ Wie bereits beschrieben, ist der Interimsausschuss ein altbewährtes Institut des Konkursverfahrens: In der Begründung des Entwurfs der Konkursordnung von 1877 wird bereits festgestellt, in der Phase zwischen Verfahrenseröffnung und Gläubigerversammlung sei der Verwalter am wenigsten von der Sachlage unterrichtet und oft seien die wichtigsten, für die ganze Entwicklung des Konkurses entscheidenden Maßregeln zu treffen.⁵⁷⁵ Die erstrebte Gläubigerbeteiligung wird nunmehr dadurch erreicht, dass § 67 Abs. 2 InsO bereits bestimmte Gläubigergruppen nennt, die im Ausschuss vertreten sein sollen. Dies sind die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen, Kleingläubiger und schließlich die Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmer müssen dabei keine erheblichen Forderungen mehr gegen den Schuldner haben, wie es noch bis zum ESUG gefordert war.⁵⁷⁶ Diese Soll-Vorschrift über die Besetzung schränkt das Ermessen des Gerichts ein⁵⁷⁷ und gilt Kraft Verweisung gem. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a Hs. 1 InsO auch für den vorläufigen Ausschuss des Eröffnungsverfahrens, dessen Tätigkeit mit Verfahrenseröffnung endet⁵⁷⁸. Da auch beim vorläufigen Ausschuss ein Auswahlermessen des Gerichts bezüglich der konkreten Besetzung besteht, kann somit gewährleistet werden, dass Entscheidungen zur Bestellung bestimmter Personen auch im Interimsausschuss fortgesetzt werden. Das Ausschusspersonal in den verschiedenen Phasen des Verfahrens muss auf diese Weise nicht unnötig oft wechseln. Bei klei-

⁵⁷² Vgl. *Haarmeyer*, in: *MüKo InsO*, § 22a Rn. 143; *Haarmeyer/Horstkotte*, *ZInsO* 2012, 1441, 1444; *Frind*, *ZInsO* 2012, 2028, 2030.

⁵⁷³ *Frind*, *ZInsO* 2011, 2249, 2250; *Haarmeyer*, *ZInsO* 2012, 2109, 2190.

⁵⁷⁴ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 2; *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, *Handbuch RPrax Insolvenzrecht*, Rn. 1194c; *Cranshaw/Portisch/Knöpnadel*, *ZInsO* 2015, 1, 6.

⁵⁷⁵ *Hahn* (Hrsg.), *Materialien zur Konkursordnung*, S. 286.

⁵⁷⁶ Dies stärkt die Annahme, bei der Arbeitnehmerbeteiligung im Gläubigerausschuss handele es sich nicht um eine Gläubigerbeteiligung, sondern um einen Mitbestimmungsmechanismus. Siehe hierzu unten S. 148 ff.

⁵⁷⁷ *Jungmann*, in: *K. Schmidt InsO*, § 67 Rn. 31.

⁵⁷⁸ *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, *Handbuch RPrax Insolvenzrecht*, Rn. 1194c.

neren Insolvenzen und solchen, bei denen nur Abwicklungsmaßnahmen bevorstehen, wird in der Regel von der Einsetzung eines Interimsausschusses abgesehen.⁵⁷⁹

V. Der endgültige Gläubigerausschuss

Entscheiden sich die Gläubiger für die Einsetzung eines endgültigen Ausschusses, so wird dieser in der Regel beim Berichtstermin nach § 68 InsO eingesetzt.⁵⁸⁰ Die Gläubigerversammlung kann zu diesem Zeitpunkt entscheiden, ob ein eventuell bereits bestehender Interimsausschuss vollständig oder teilweise perpetuiert, ein neuer Ausschuss eingesetzt oder die Entscheidung über die Einsetzung eines Ausschusses auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird.

VI. Gruppen-Gläubigerausschuss der Konzerninsolvenz

Die Bestellung eines Gruppen-Gläubigerausschusses in der Konzerninsolvenz ist seit April 2017 gesetzlich verankert.⁵⁸¹ Das deutsche Konzerninsolvenzrecht beruht, wie auch das europäische Konzerninsolvenzrecht, nicht auf einer Verfahrenskonsolidierung, sondern auf einer Koordination der Einzelinsolvenzen.⁵⁸² Laut Referentenentwurf erfordert eine von den Gläubigern mitgetragene Koordinierung der einzelnen Verfahren über das Vermögen gruppenangehöriger Schuldner auch für die Gläubigerausschüsse eine Möglichkeit einer institutionalisierten Zusammenarbeit.⁵⁸³ Der Gruppen-Gläubigerausschuss soll demnach das Interesse aller Gläubiger der Schuldner einer Unternehmensgruppe wahrnehmen. § 269c Abs. 1 InsO-E⁵⁸⁴ lautet:

- (1) Auf Antrag eines Gläubigerausschusses, der in einem Verfahren über das Vermögen eines gruppenangehörigen Schuldners bestellt ist, kann das Gericht des Gruppen-Gerichtsstands nach Anhörung der anderen Gläubigerausschüsse einen Gruppen-Gläubigerausschuss einsetzen. Jeder Gläubigerausschuss oder vorläufige Gläubigerausschuss eines gruppenangehörigen Schuldners, der nicht von offensichtlich untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe ist, stellt ein Mitglied des Gruppen-Gläubigerausschusses. Ein weiteres Mitglied dieses Ausschusses wird aus dem Kreis der Vertreter der Arbeitnehmer bestimmt.

⁵⁷⁹ „Erfahrungsgemäß sind Gläubigerausschüsse in solchen Verfahren häufig ineffektiv.“, Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 3; Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 67 Rn. 8.

⁵⁸⁰ Vgl. Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1197.

⁵⁸¹ Gesetz vom 13.04.2017, BGBl. I 2017 Nr. 22, 21.04.2017, S. 866.

⁵⁸² BT-Drucksache 18/407, S. 2.

⁵⁸³ BT-Drucksache 18/407, S. 34.

⁵⁸⁴ BT-Drucksache 18/407, S. 10.

- (2) Der Gruppen-Gläubigerausschuss unterstützt die Insolvenzverwalter und die Gläubigerausschüsse in den einzelnen Verfahren, um eine abgestimmte Abwicklung dieser Verfahren zu erleichtern. Die §§ 70 bis 73 gelten entsprechend. Hinsichtlich der Vergütung gilt die Tätigkeit als Mitglied im Gruppen-Gläubigerausschuss als Tätigkeit in dem Gläubigerausschuss, den das Mitglied im Gruppen-Gläubigerausschuss vertritt.
- (3) Dem Gläubigerausschuss steht in den Fällen der Absätze 1 und 2 ein vorläufiger Gläubigerausschuss gleich.

Ein entsprechender Ausschuss soll demnach nur auf Antrag eines gruppenzugehörigen Gläubigerausschusses bestellt werden und sich aus Vertretern der einzelnen Gläubigerausschüsse zuzüglich eines Arbeitnehmervertreters zusammensetzen. Die Aufgaben des Gruppen-Gläubigerausschusses konzentrieren sich dabei auf die Unterstützung der Einzelinsolvenzverwalter und des Koordinationsverwalters.⁵⁸⁵ Ob auch eine Pflicht der Gruppen-Gläubigerausschussmitglieder zur Koordination besteht, ist nicht geklärt und die Beantwortung der Frage soll laut Referentenentwurf Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben.⁵⁸⁶

D. Der Gläubigerausschuss in der Praxis

Der Gläubigerausschuss hat in Deutschland kein großes Forum. Nur wenig Judikatur beschäftigt sich mit Fragen des Gläubigerausschusses⁵⁸⁷ und das Feld der Veröffentlichungen in der Literatur ist übersichtlich⁵⁸⁸. Während noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Erfassung der Gläubigerausschüsse zum Kanon der Insolvenzstatistik gehörte⁵⁸⁹, liegt nun die letzte statistische Untersuchung des Gläubigerausschusses schon mehrere Jahrzehnte zurück. So unternahm zuletzt 1978 eine Forschungsgruppe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg eine rechtssoziologische Aufbereitung der deutschen Konkursverfahren.⁵⁹⁰ Das bis heute im Zusammenhang mit dem Gläubigerausschuss zitierte Ergebnis gab schon damals Anlass, an der Bedeutung des Gläubigerausschusses zu zweifeln: In nur 20 % der Unternehmensinsolvenzen wurde ein Gläu-

⁵⁸⁵ BT-Drucksache 18/407, S. 34.

⁵⁸⁶ BT-Drucksache 18/407, S. 22; dazu unten S. 187 f.

⁵⁸⁷ Das letzte Urteil zur Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses wurde 2015 gefällt: BGH im Urteil v. 25.06.2015 – IX ZR 142/13, ZInsO 2015, 1563; Während das Rechtsportal *juris* seit Inkrafttreten der InsO nur 73 Ergebnisse zur Haftung der Ausschussmitglieder listet, sind es bei der Haftung des Verwalters 917 Ergebnisse; abgerufen am 27.08.2017.

⁵⁸⁸ Im deutschsprachigen Raum ist in den Jahren 2015 und 2016 jeweils eine Veröffentlichung zum Gläubigerausschuss erschienen (2015: *Bruyn*, Gläubigerausschuss, RWS Verlag, 2015; 2016: *Göb* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, C. H. Beck, 2016).

⁵⁸⁹ Einen Überblick bietet: *Jaeger*, Lehrbuch, S. 75.

⁵⁹⁰ *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Konkursabwicklung, Köln, 1978.

bigerausschuss eingesetzt.⁵⁹¹ Dabei soll es sich vornehmlich um Großverfahren gehandelt haben.⁵⁹² Dies war ein deutlicher Rückgang zu den Einsetzungszahlen 60 Jahre zuvor. Die Einsetzung des Ausschusses war auch damals schon trotz wiederholter Forderungen nach einer Einsetzungspflicht fakultativ.⁵⁹³ Zum Ende des 19. Jahrhunderts schlug sich dies auch in nach damaligem Empfinden niedrigen Einsetzungszahlen nieder. So lag die Quote in den ersten beiden Jahrzehnten der Konkursordnung bei durchschnittlich einem Drittel.⁵⁹⁴ Die Häufigkeit des Ausschusses in den Konkursverfahren zu Beginn des 20. Jahrhunderts war dann jedoch bemerkenswert groß. Im Jahr 1910 wurden in 46 % der Insolvenzverfahren Gläubigerausschüsse eingesetzt; die Werte in den Großstädten lagen sogar bei 54,2 %.⁵⁹⁵

Die noch immer als Richtwert verwandten 20 % von 1978 können nicht mehr herangezogen werden. Auch bietet diese Arbeit nicht den Rahmen für eine neue statistische Erhebung. Doch konnte dem Verfasser eine Akteneinsicht am Amtsgericht Hamburg einen Einblick in die aktuellen Zahlen geben. So lies sich der Entwicklungspfad der vergangenen Jahre beleuchten. Danach wurden in den Jahren von 2007 bis 2015 in Hamburg 7.235 Unternehmensinsolvenzen angemeldet. Davon wurden 5.979 Verfahren eröffnet. Ein Gläubigerausschuss wurde in insgesamt 62 Fällen eingesetzt. Das entspricht einer Einsetzungsquote von 1,04 %. Elf der Verfahren konnten genauer untersucht werden. Die Schuldner hatten dabei durchschnittlich 196 Gläubiger und eine Insolvenzmasse in einem mittleren Wert von etwa 2,38 Mio. Euro. In einem Fall fiel die verwertbare Masse deutlich geringer aus, etwa 50.000 Euro, und führte dazu, dass die Mitglieder des Ausschusses nicht auf Massekosten versichert wurden. Die vielfach kolportierte Tendenz zu größeren Verfahren⁵⁹⁶ ließ sich allerdings grundsätzlich bestätigen. Mehrere der Verfahren wurden zudem ausgiebig in der Presse reflektiert. In der gesamten Bundesrepublik betreffen etwa 6 % der Verfahren Unternehmen mit mehr als 5 Mio. EUR Umsatz.⁵⁹⁷ In diesen Fällen wird ein originär vorläufiger Pflichtausschuss nach § 22a InsO eingesetzt.

⁵⁹¹ *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Konkursabwicklung, S. 57, 200 f.; *Pape*, ZInsO 1999, 675, 676; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 67 Rn. 3; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 50; *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Konkursabwicklung, S. 57, 200 f.; zweifelnd: *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 67 Rn. 3.

⁵⁹² *Vortmann*, in: *Pape/Gundlach/Vortmann* (Hrsg.), *Handbuch Gläubigerrechte*, Rn. 321; *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert* konstatieren für 1978 jedoch, dass weniger das Verfahrensvolumen als mehr die Gerichtspraxis ausschlaggebend sein soll, vgl. *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Konkursabwicklung, S. 201. So wurde in ländlichen Gebieten mit tendenziell kleineren Konkursvolumina häufiger ein Ausschuss eingesetzt als in Stadtgebieten. Das ist in bemerkenswerter Weise gegenläufig zu den Werten von 1910, vgl. *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1911, § 87 Anm. 3.

⁵⁹³ Vgl. *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1911, § 87 Anm. 3 m.w.N.

⁵⁹⁴ Der Ausschuss habe „keine allzu große Rolle gespielt“: *Jaeger*, Lehrbuch, S. 75.

⁵⁹⁵ *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1911, § 87 Anm. 3.

⁵⁹⁶ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 67 Rn. 3; *Brayn*, Gläubigerausschuss, Rn. 15; *Windau*, in: *Fridgen/Geiwitz/Göpfert* (Hrsg.), *BeckOK InsO*, § 21 Rn. 59.

⁵⁹⁷ *Mönning*, in: *Göb* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn 138.

Daraus lässt sich eine etwas größere bundesdeutsche Bedeutung des Gläubigerausschusses vermuten.

Die untersuchten Ausschüsse wurden in der Regel schon als vorläufige Gläubigerausschüsse eingesetzt und beim Berichtstermin durch die Gläubigerversammlung personell bestätigt. Sie setzten sich überwiegend aus Mitarbeitern⁵⁹⁸ der Bundesagentur für Arbeit, Vertretern der Lieferanten, der institutionellen Kreditgeber und der Arbeitnehmer zusammen. Die in der Literatur oftmals in den Mittelpunkt gerückte Kassenprüfung wurde in den Verfahren als eine mit gewissenhafter Regelmäßigkeit betriebene Notwendigkeit betrachtet, stellte aber nicht den inhaltlichen Schwerpunkt der Ausschussarbeit dar. Soweit es den Akten entnommen werden konnte, lag der größte Nutzen des Gläubigerausschusses in der Beratung des Verwalters. Dieser hatte zwar meist einen klar strukturierten Plan für den Verlauf des Verfahrens, war aber für die Herstellung eines breiten Konsenses in der Gläubigerversammlung auf konstruktive Teilhabe des Ausschusses angewiesen.⁵⁹⁹ Eine branchenspezifische Expertise konnte den Verwaltern in den meisten Fällen bereits persönlich bescheinigt werden, sodass der ebenfalls oft in der Literatur genannte Aspekt der Branchenkundigkeit⁶⁰⁰ der Ausschussmitglieder in den betrachteten Fällen zur Nebensache wurde.

Mit diesen Beobachtungen stellt sich der Gläubigerausschuss als besondere Bereicherung in einigen wenigen Fällen dar. Wenn die Vielzahl der Gläubiger, die Komplexität der Vermögensstruktur, die Höhe der offenen Forderungen oder besondere Effekte der sozialen Struktur des Unternehmens (Alter, Bedeutung für den Standort, Tradition) eine schwierige und zeitintensive Auseinandersetzung mit der Gläubigerversammlung wahrscheinlich machen, können die zusätzlichen Kosten für einen Gläubigerausschuss durch dessen vermittelnde und beratende Tätigkeit gerechtfertigt werden. Man unterliegt daher einem Trugschluss, wenn man von der thematischen Konzentration der Rechtsprechung auf Haftungsfälle wegen nachlässiger Kassenprüfung auf den Schwerpunkt der Ausschusstätigkeit schließt: Der besondere Mehrwert des Ausschusses ist nicht die Kassenprüfung, sondern die Beratung und die damit einhergehende Zweckmäßigkeitskontrolle gegenüber der Verwaltung. Gleichzeitig wird bei einer schwer überschaubaren Insolvenzmasse auch das Kontrollbedürfnis der Gläubiger höher sein, da sich opportunistisches Verhalten des Verwalters weniger offensichtlich zeigt.

⁵⁹⁸ Die Behörde selbst kann nicht als Ausschussmitglied eingesetzt werden, vgl. BGH im Urteil v. 11.11.1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 90.

⁵⁹⁹ Dies stellt auch *Gerhardt* fest: „Der Rat eines sach- und rechtskundigen Ausschusses bietet dem Verwalter eine starke Stütze, wenn er ihn auch nicht schlechthin entlastet.“, *Gerhardt*, in: Jaeger GK InsO, § 69 Rn. 8.

⁶⁰⁰ BT-Drs. 17/5712, S. 24: „Die Gläubiger kommen teilweise aus demselben Wirtschaftszweig wie der Schuldner und verfügen insofern über Wissen, das zu einer erfolgreichen Sanierung beitragen kann.“; kritisch dazu mit Plädoyer für eine stärkere Professionalisierung: *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, passim.

E. Verhältnis des Ausschusses zu den übrigen Insolvenzbeteiligten

Es wurde dargestellt, welchen Zweck der Gläubigerausschuss erfüllt, wie er vom Gesetzgeber in die Insolvenzordnung eingebracht wurde und welche tatsächliche Bedeutung ihm in der Praxis zukommt. Um den Handlungsrahmen, der dem Ausschuss eingeräumt wird, genau vermessen zu können, ist es jedoch auch notwendig, sein Verhältnis zu den übrigen Organen des Insolvenzverfahrens zu kennen. Gläubigerversammlung, Insolvenzverwalter, Insolvenzgericht und außerhalb des Organgefüges auch der Insolvenzschuldner haben ihrerseits Rechte und Pflichten, die mit denen des Ausschusses kollidieren oder sie ergänzen können.

I. Gläubigerversammlung

Die Gläubigerversammlung ist das Basis-⁶⁰¹ oder Hauptorgan⁶⁰² des Insolvenzverfahrens und eines der beiden Organe der Gläubigerselbstverwaltung. Sie setzt sich zusammen aus den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern. Zusätzlich sind gem. § 74 Abs. 1 InsO der Insolvenzverwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Schuldner zur Teilnahme berechtigt. Die anders lautende Formulierung des § 74 Abs. 1 InsO ist etwas unglücklich gewählt. Verfahrensorgan ist tatsächlich nur die Versammlung der nach § 77 InsO stimmberechtigten Gläubiger.

Die Gläubigerversammlung wählt, in der Regel beim Berichtstermin iSd § 156 InsO,⁶⁰³ den endgültigen Gläubigerausschuss nach freiem Ermessen,⁶⁰⁴ § 68 InsO. Neben dem Recht, einen Gläubigerausschuss einzusetzen, den vorläufigen Gläubigerausschuss aufzulösen oder bei wichtigem Grund die Entlassung eines Ausschussmitglieds zu beantragen, ist das Verhältnis der Gläubigerversammlung zum Gläubigerausschuss jedoch, wie schon in der Konkursordnung, in der Insolvenzordnung nicht ausdrücklich geregelt.⁶⁰⁵ Dass der Ausschuss fakultativ ist, sagt nichts über ein besonderes Rangverhältnis zwischen den Verfahrensorganen aus. Insbesondere kann nicht von einem „formalen“ Subordinationsverhältnis gesprochen

⁶⁰¹ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 7; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch Insolvenzordnung, Nr. 6 Rn. 2; Heidland, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 714.

⁶⁰² Gundlach/Frenzel/Jahn, DZWIR 2008, 441.

⁶⁰³ Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1197.

⁶⁰⁴ Vgl. Vallender, in: Berger/Kayser/Ganter (Hrsg.), FS Ganter, S. 392.

⁶⁰⁵ Vgl. Ehrliche, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 16; Hegmanns, Gläubigerausschuss, S. 51; die KO hatte in ihren Motiven den Gedanken eines Mandatsverhältnisses aufgenommen, der sich aber nicht ausdrücklich im Gesetzestext niedergeschlagen hat, vgl. Schmid-Burk, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 10; Motive KO (1874), S. 310.

werden.⁶⁰⁶ Für ein solches Rangverhältnis bedürfte es mangels einer ausdrücklichen formellen Unterordnung jedenfalls eines materiellen Anknüpfungspunktes. Die Aufgaben von Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung stehen aber nebeneinander.⁶⁰⁷ Wo das eine Organ seine Zuständigkeiten hat, sind dem anderen keine zusätzlichen Aufgaben auferlegt. Erkennbar wird dies etwa bei § 100 InsO oder § 157 i.V.m. § 158 Abs. 1 InsO. Hier hat die Gläubigerversammlung zwar das letzte Wort, die Wirksamkeit der vorangegangenen Entscheidungen des Ausschusses wird dadurch aber nicht berührt. Auch die Befugnis der Gläubigerversammlung nach § 149 Abs. 2 InsO, eine abweichende Hinterlegungsstelle für Wertgegenstände zu bestimmen, ist schon allein deswegen kein Zeichen einer Überordnung, weil die Primärkompetenz nach Abs. 1 dem Ausschuss zukommt. Somit ergibt sich aus der Insolvenzordnung kein Hinweis auf ein Über- oder Unterordnungsverhältnis zwischen den beiden Verfahrensorganen.⁶⁰⁸

Die Gegenansicht hat unter der Geltung der Konkursordnung noch für sich deklarieren können, dass gem. § 92 KO durch die Gläubigerversammlung die Bestellung des Ausschusses grundlos widerrufen werden konnte.⁶⁰⁹ Diese Regelung hat der Gesetzgeber in der Insolvenzordnung nicht aufrechterhalten. Im Ergebnis ist der Ausschuss damit nach zutreffender Meinung kein Exekutivorgan der Gläubigerversammlung,⁶¹⁰ sondern von ihr unabhängig.⁶¹¹ Ausdruck dieses Verständnisses ist

⁶⁰⁶ So aber: *Ehricke*, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 16; früh bereits: *Seuffert*, Konkursprozessrecht, S. 314; *Kisch*, Grundriss, S. 54; ähnlich auch *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 36; wie hier stellen *Gundlach/Frenzel/Jahn*, DZWIR 2008, 441, fest, die Qualifizierung der Gläubigerversammlung als Hauptorgan könne nicht bedeuten, dass sie die anderen Organe dominiere. Vgl. auch schon *Jaeger*, KuT 1934, 1–2.

⁶⁰⁷ Die beiden Organe würden in streng voneinander abgegrenzten Bereichen tätig: *Jaeger*, KuT 1934, 1–2; das Rangverhältnis sei eine „ganz unbeweisbare Behauptung“: *ders.*, Lehrbuch, S. 76; a.A. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO, § 15 Rn. 33; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 152.

⁶⁰⁸ Ebenso *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 101.

⁶⁰⁹ Vgl. den Hinweis bei BGH im Beschluss v. 01.03.2007 – IX ZB 47/06, ZIP 2007, 781, 783.

⁶¹⁰ Ebenso *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1249a; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 10; *Frind*, in: HamKo InsO, § 70 Rn. 13; a.A. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch Insolvenzordnung, Nr. 6 Rn. 2.

⁶¹¹ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 14; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, DZWIR 2008, 441; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 7; *Frege*, NZG 1999, 478, 482; *Kumpan*, Interessenkonflikt, Fn. 439, S. 226; *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 101; *Vortmann*, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 377; die Unabhängigkeit wird in der Rechtsprechung grundsätzlich hervorgehoben, vgl. bereits RG im Urteil v. 23.09.1893 – I 170/93, RGZ 31, 119, 122; ebenso BGH im Beschluss v. 24.01.2008 – IX ZB 222/05, ZIP 2008, 652, 655; BGH im Beschluss v. 01.03.2007 – IX ZB 47/06, ZIP 2007, 781, 784; die Unabhängigkeit des Gläubigerausschussmitglieds erwähnt auch die Begründung zum RegE der InsO: „Im Interesse der Unabhängigkeit der Mitglieder des Gläubigerausschusses ...“, BT-Drs. 12/2443, S. 132. Das ist freilich eine allgemein gehaltene Aussage und lässt nicht auf das Verhältnis zur Gläubigerversammlung schließen. Von Unabhängigkeit

auch, dass der Ausschuss weder gegenüber der Gläubigerversammlung noch gegenüber dem Insolvenzgericht berichtspflichtig ist. Werden dennoch Protokolle der Ausschusssitzungen bei Gericht eingereicht, so sind diese der Akteneinsicht durch die übrigen Insolvenzgläubiger nicht zugänglich. In der Regel wird eine separate Akte für den Ausschuss unter Verschluss geführt.⁶¹²

1. Ersetzungskompetenz der Gläubigerversammlung

Damit ist nicht die noch immer umstrittene Frage⁶¹³ beantwortet, ob die Gläubigerversammlung Entscheidungen des Ausschusses ersetzen kann.⁶¹⁴ Bejahend führt *Hegmanns* an, die Ersetzungskompetenz sei nur eine Frage des Weges, nicht des Ergebnisses. Wolle ein einflussreicher Gläubiger seine Meinung durchsetzen, so könne er entweder die Mittel der – in der KO freilich noch stärkeren⁶¹⁵ – Beeinflussung des Ausschusses während dessen Amtszeit zu seinen Gunsten nutzen, oder sich sogar direkt selbst in den Ausschuss wählen lassen.⁶¹⁶ Dieser „Ohnehin“-Gedanke kann nicht überzeugen. In der Praxis wird in den wenigen Verfahren, die eines Gläubigerausschusses bedürfen, kein Gläubiger derart beherrschend sein, dass er sich ohne Weiteres in den Ausschuss wählen oder wählen lassen kann. Zudem sind die übrigen Gläubiger in diesen Insolvenzen besonders sensibel und überwachen das Verhalten des Ausschusses in der Weise, dass Schadensersatzansprüche jedenfalls dann geltend gemacht werden, wenn der Verdacht einer nachlässigen Pflichtenerfüllung aufkommt.

Neben dem Gedanken *Hegmanns* verweist *Ehricke* auf die bereits genannten Änderungsrechte der Gläubigerversammlung aus §§ 100, 149, 157 i.V.m. §§ 158, 161 InsO und erkennt darin die Regelung besonders bedeutsamer Fälle der still-

sprechen auch schon die Motive KO (1874), S. 313, die andererseits aber auch ein Weisungsrecht der Gläubigerversammlung konstatieren.

⁶¹² Dies ist die beobachtete Praxis am AG Hamburg.

⁶¹³ Aus der älteren Literatur für ein Ersetzungsrecht: *Seuffert*, Konkursprozessrecht, S. 314; dagegen: *Jaeger*, Lehrbuch, S. 76.

⁶¹⁴ Dafür: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 55 f.; *Görg/Janssen*, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 32; *Ehricke*, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 16.; *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 160 Rn. 3; *Seuffert*, Konkursprozessrecht, S. 314; Motive KO (1874), S. 313. Dagegen: *Frege*, NZG 1999, 478, 384; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 10; *Pape*, ZInsO 1999, 305; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 7; *Frind*, in: HamKo InsO, § 70 Rn. 13; *Haarmeyer/Wutke/Förster*, Handbuch Insolvenzordnung, S. 723 f.; *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 36; *Voigt-Salus/Pape*, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 21 Rn. 330 ff.

⁶¹⁵ Die Berufung des Ausschusses konnte nach § 92 KO widerrufen werden. Die Gläubigerversammlung ist nicht befugt, einzelne Mitglieder des von ihr gewählten endgültigen Ausschusses durch Beschluss abzuwählen: *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 70 Rn. 1; BGH im Beschluss v. 01.03.2007 – IX ZB 47/06, ZIP 2007, 781; anders *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 721 f.

⁶¹⁶ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 55 f.

schweigend vorausgesetzten Ersetzungsbefugnis.⁶¹⁷ Eine Ersetzungsbefugnis verlangt danach, dass eine Entscheidung durch eine andere tatsächlich ersetzt wird. Die angeführten Fälle müssen aber differenziert betrachtet werden. Der Ausschuss entscheidet bei § 100 InsO *bis* die Versammlung entscheidet, sodass die Kompetenzen zeitlich voneinander getrennt sind. In den Fällen der vorläufigen Untersagung nach § 161 InsO ist es nicht die Entscheidung der Gläubigerversammlung, durch die die Ausschussentscheidung nach § 158 Abs. 1 InsO ersetzt wird, sondern das Gericht *kann* die Rechtshandlung vorläufig untersagen. § 149 InsO schließlich normiert tatsächlich einen Einzelfall des Ersetzungsrechts, aus dem aber keine der Insolvenzordnung zugrundeliegende Wertung entnommen werden kann.

Die heute ganz herrschende Ansicht verneint daher zutreffend ein Ersetzungsrecht der Gläubigerversammlung.⁶¹⁸ Es genügt jedoch nicht, dabei als *petitio principii* auf die Unabhängigkeit des Ausschusses abzustellen⁶¹⁹. Und auch andere gängige Argumentationsmuster gegen ein Ersetzungsrecht müssen kritisch beäugt werden. So ist der Einwand, die Gläubigerversammlung könne unzulässigerweise ihren eigenen Kompetenzkreis erweitern,⁶²⁰ zu vernachlässigen, weil sich die Entscheidung für eine Befugnis nicht zwangsläufig auf originäre Kompetenzen des Gläubigerausschusses erstrecken muss. Eine Ersetzungsbefugnis anzuerkennen bedeutet also nicht, dass sie in allen Entscheidungen des Ausschusses greifen kann. Dies wäre gesondert zu prüfen. Daher ist umgekehrt eine Kompetenzerweiterung der Gläubigerversammlung nicht zwingend.

Beachtlich hingegen ist *Jaegers* Einwand, durch eine Ersetzungsbefugnis entfielen die Haftung nach § 71 InsO.⁶²¹ Er betont, eine solche Kompetenz lasse die „bedeutsame Gewähr“ der Haftpflicht entfallen.⁶²² Der Haftungszweck soll dem umfänglichen Schutz der Gläubiger vor Pflichtverletzungen der Ausschussmitglieder dienen.⁶²³

Freilich ließe sich dem entgegenhalten, dass es gerade die Gläubiger in der Hand halten können, ob sie dieses Schutzniveau überhaupt für notwendig erachten oder nicht die Haftung durch die Ersetzung der Entscheidung mit einer möglicherweise gleichlautenden eigenen Entscheidung entfallen lassen wollen. Über eine antizipierte Ersetzung könnte dann eine globale Haftungsfreistellung der Ausschussmitglieder umgesetzt werden. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Haftungsnorm des

⁶¹⁷ *Ehrlicke*, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 17.

⁶¹⁸ *Frege*, NZG 1999, 478, 384; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 10; *Pape*, ZInsO 1999, 305; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 7; *Frind*, in: HamKo InsO, § 70 Rn. 13; *Vortmann*, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 377.

⁶¹⁹ Siehe Hinweise in Fn. 615.

⁶²⁰ Mit Verweis darauf: *Ehrlicke*, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 17.

⁶²¹ *Jaeger*, KuT 1934, 1–2.

⁶²² *Jaeger*, KuT 1934, 1–2, 2.

⁶²³ Dazu auch unten, S. 174 ff.

§ 71 InsO trotz gewichtiger Argumente dafür *de lege lata* nicht disponibel.⁶²⁴ Eine Ersetzungsbefugnis wäre daher mit Blick auf die Haftung der Ausschussmitglieder systemwidrig. *Hegmanns* wendet zwar ein, es sei weder beim Gesetzgeber noch bei der Gläubigerversammlung der Wille erkennbar, Entscheidungen nur durch Entscheidungsträger treffen zu lassen, die auch haften.⁶²⁵ Aber schon allein die Existenz der Haftungsnorm in § 71 InsO, nach altem Recht in § 89 KO, widerspricht dieser Auffassung. Die Delegation der Entscheidungsgewalt soll gerade durch die Haftung der Ausschussmitglieder gestützt werden. Überdies bezieht sich *Hegmanns* lediglich auf die Rechte, die heute weitgehend in §§ 160, 161 InsO verortet sind, nicht aber auf die besonders haftungsrelevante Kassenprüfung. Die Indisponibilität der Haftung muss jedoch systematisch konsistent bleiben und darf sich nicht aufsplitten in unternehmerische Entscheidungen auf der einen und Kontrolltätigkeit des Ausschusses auf der anderen Seite. Die Ersetzungsbefugnis ist daher für alle Entscheidungen des Ausschusses ausgeschlossen.

Außerdem ließe sich einwenden, dass kein Schaden in der Regel vorteilhafter ist als ein ersatzfähiger Schaden. Soll den Gläubigern also zugemutet werden, sehenden Auges einen Vermögensschaden hinzunehmen? Dieser Gedanke ist zwar befremdlich und ein solches Dilemma lässt sich nicht grundsätzlich ausschließen. Doch findet sich die Gläubigerversammlung weitaus seltener zusammen als der Gläubigerausschuss. Die Situation, dass die Gläubigerversammlung somit überhaupt die Möglichkeit zu einem Ersetzungsbeschluss hat, ist somit selten. Es ist gleichzeitig nicht von der Hand zu weisen, dass sich die Gläubigerversammlung bewusst einiger Rechte entäußert hat, um ein Organ einzusetzen, das die Effizienz und Schnelligkeit des Verfahrens fördern soll.⁶²⁶ Ein Ersetzungsrecht als Residualkompetenz der Gläubigerversammlung würde erhebliche Unsicherheit und unnötige Verzögerung des Verfahrens bedeuten.⁶²⁷ Hinzu kommt, dass die Besetzung des Ausschusses und seine besondere Verpflichtung auf das Kollektivinteresse eine größere sachliche Legitimation zu begründen vermag als eine unter Umständen einseitig beherrschte Gläubigerversammlung. Damit spricht auch der Zweck des Ausschusses gegen eine Ersetzungsbefugnis der Gläubigerversammlung. Sie ist daher abzulehnen.

2. Ersetzungskompetenz des Gläubigerausschusses

In der Literatur wird daneben die angesichts des Haftungsrisikos für die Ausschussmitglieder eher hypothetische Frage behandelt, ob umgekehrt der Gläubigerausschuss Entscheidungen der Gläubigerversammlung zu ersetzen berechtigt

⁶²⁴ Dazu auch unten, S. 179 f.

⁶²⁵ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 56.

⁶²⁶ So auch: *Ehricke*, in: MüKo InsO, § 74 Rn. 17.

⁶²⁷ Ähnlich im Ergebnis auch: *Frege*, NZG 1999, 478, 483.

ist.⁶²⁸ Vertreter beider Lager in der Frage der Ersetzungsbefugnis durch die Versammlung kommen hier im Ergebnis darin überein, dass eine umgekehrte Befugnis jedenfalls ausscheidet. Die einen, weil der Ausschuss als rangniedrigeres Organ keine Kompetenz hat, die anderen, weil die Unabhängigkeit der Organe auch dieses Verhältnis betrifft.⁶²⁹

Auch zu dieser Frage äußert sich die Insolvenzordnung nicht ausdrücklich. Relevanz kann sie ohnehin nur bei den Aufgaben erlangen, die der Ausschuss anstelle der Versammlung wahrzunehmen hat (§§ 160, 276 InsO), weil nur dann die Situation auftauchen kann, dass eine wirksame Entscheidung im Raum steht, für die durch die Ausschusseinsetzung eine neue Kompetenz begründet wurde. Entscheidend ist dann der Zeitpunkt der Befragung des jeweiligen Organs durch den Insolvenzverwalter. Ein Ersetzungsrecht gibt es in beide Richtungen nicht.⁶³⁰ So hat die Gläubigerversammlung nur dann das Zustimmungsrecht nach § 160 InsO, wenn kein Gläubigerausschuss eingesetzt ist. Sie kann ihre Zustimmung allerdings auch dann widerrufen, wenn in der Zwischenzeit ein Ausschuss eingesetzt wurde.

3. Zwischenergebnis

Der Gläubigerausschuss ist von der Gläubigerversammlung unabhängig. Die Kompetenzbereiche der beiden Organe stehen in keinem Subordinationsverhältnis, sondern gleichberechtigt nebeneinander. Demgemäß ist eine Ersetzungskompetenz der Gläubigerversammlung gegenüber Beschlüssen des Ausschusses abzulehnen. Umgekehrt kann auch der Ausschuss einen Beschluss der Gläubigerversammlung nicht ersetzen.

II. Insolvenzverwalter

Der Gläubigerausschuss hat gem. § 69 InsO den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen. Die Überwachungsfunktion bedingt die Unabhängigkeit⁶³¹ des Ausschusses vom Insolvenzverwalter. Sie äußert

⁶²⁸ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 63 f.; *Frege*, NZG 1999, 478, 483; *Görg/Janssen*, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 32.

⁶²⁹ So: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 63 f.; *Frege*, NZG 1999, 478, 483.

⁶³⁰ In LG Göttingen im Beschluss v. 15.05.2000 – 10 T 42/00, NZI, 2000491, wurde entgegen dem ersten Anschein keine abweichende Entscheidung getroffen. Hier hatte im Zeitpunkt der Befragung der Gläubigerversammlung bereits ein eigentlich zuständiger Gläubigerausschuss bestanden. Dessen spätere Zustimmung widersprach der Entscheidung der Gläubigerversammlung, ersetzte diese aber nicht, weil die Gläubigerversammlung nie das entsprechende Zustimmungsrecht hatte.

⁶³¹ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 10; *Frege*, NZG 1999, 478, 483; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 67.

sich zudem in einem Selbstorganisationsrecht⁶³² des Ausschusses. Trotz teilweise gegenteiliger Bewertungen⁶³³ ist der Gläubigerausschuss damit kein Hilfsorgan des Verwalters.⁶³⁴ Umgekehrt ist der Ausschuss ihm nicht übergeordnet⁶³⁵ und hat keinerlei Weisungsbefugnis⁶³⁶, wie auch ihm der Verwalter keine Weisung erteilen kann.⁶³⁷ Die Zustimmungsrechte des Gläubigerausschusses haben rein haftungsrechtliche Wirkung und binden den Verwalter nicht im Außenverhältnis.⁶³⁸ Dass der Gläubigerausschuss oft als „Organ“ der Gläubigerschaft bezeichnet wird, kann daher fehlleiten.⁶³⁹

Gerade deswegen sollten die Mitglieder des Gläubigerausschusses besonderen Wert auf ein kollegiales Verhältnis zum Insolvenzverwalter legen,⁶⁴⁰ ohne dass die Kontrollarbeit darunter leidet. Die Kontrollarbeit umfasst sowohl die Recht- als auch die Zweckmäßigkeitskontrolle.⁶⁴¹

Um den Ausschuss zu stärken, wird vereinzelt gefordert, die Wirksamkeit der Handlungen des Verwalters im Außenverhältnis auszuschließen, wenn der Gläubigerausschuss eine gegenteilige Entscheidung getroffen hat und damit § 164 InsO abzuschaffen.⁶⁴² Dieser Forderung ist nicht beizutreten. Handelt der Verwalter den Entscheidungen des Ausschusses – regelmäßig Zustimmungsverweigerungen – zuwider, kann bei einer Masseschädigung die Gläubigerschaft *de lege lata* von ihm Ersatz des Schadens verlangen, § 60 InsO. Dieser Mechanismus griffe nicht, wenn das durch den Verwalter geschlossene Rechtsgeschäft mangels § 164 InsO ohnehin unwirksam wäre. Dann können sich die Gläubiger bei einer Masseschädigung allein

⁶³² *Frind*, in: HamKo InsO, § 70 Rn. 11; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 72 Rn. 2; regelmäßig wird aber der Insolvenzverwalter die Organisation der Ausschusssitzungen übernehmen, *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, NZI 2005, 304, 305 f.; *Steinwachs*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 286.

⁶³³ „Dies beruht darauf, daß der Gläubigerausschuß gleichsam ein Hilfsorgan des Konkursverwalters ist, dessen Mitglieder den Konkursverwalter zu überwachen und zu unterstützen haben [...]“, OLG Schleswig im Beschluss v. 27.05.1986 – 1 W 207/86, ZIP, 1986930.

⁶³⁴ *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 10; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 11; *Frege*, NZG 1999, 478, 483; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 66.

⁶³⁵ Schon die Motive zur Konkursordnung stellen fest, der Ausschuss solle „nicht über, sondern neben dem Verwalter stehen“, *Hahn* (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 285.

⁶³⁶ *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 160 Rn. 11; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 902; *Gundlach/Schmidt*, ZInsO 2008, 604, 605.

⁶³⁷ *Steinwachs*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 286.

⁶³⁸ *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1240d; *Görg/Janssen*, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 36; vereinzelt wird die Außenwirksamkeit kritisiert: *Steinwachs*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 287.

⁶³⁹ Vgl. *Jaeger*, Lehrbuch, S. 76 Fn. 3.

⁶⁴⁰ So auch *Steinwachs*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 284.

⁶⁴¹ *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 2; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 22; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 69 Rn. 19.

⁶⁴² *Steinwachs*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 287.

an die Mitglieder des Ausschusses halten. Die Haftung des Insolvenzverwalters ist aber in der Rechtsprechung wesentlich deutlicher umrissen als für die Mitglieder des Gläubigerausschusses. Der Sorgfaltsmaßstab für Ausschussmitglieder orientiert sich zwar grundsätzlich an dem Verhalten „eines ordentlichen und gewissenhaften Gläubigerausschussmitglieds“⁶⁴³, die individuellen Fähigkeiten der einzelnen Mitglieder werden aber in Rechnung gestellt,⁶⁴⁴ sodass die Haftung der Ausschussmitglieder größerer Unsicherheit ausgesetzt ist als die des Verwalters. Die Konzentration des Haftungsrisikos auf einer Person ist daher aus Gläubigersicht günstiger als die Verteilung auf mehrere Ausschussmitglieder.

Daneben würde die Gefahr der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes den Verfahrensgang zusätzlich verzögern. Schließlich lässt sich einwenden, dass durch das hohe Haftungsrisiko die Übernahme eines Ausschusspostens weniger attraktiv wird. Die intendierte Stärkung des Ausschusses bliebe aus. Im Ergebnis ist daher an der Vorschrift des § 164 InsO festzuhalten. Eine Unwirksamkeit des Verwalterhandelns gegen die Entscheidung des Ausschusses würde das Verfahren durch erhebliche Unsicherheit belasten.

III. Insolvenzgericht

Die Rechtsaufsicht des Gerichts im Insolvenzverfahren wird als Begrenzung der Gläubigerautonomie bezeichnet.⁶⁴⁵ Dies gilt allerdings nicht für den Handlungsrahmen, den der Gesetzgeber dem Gläubigerausschuss eingeräumt hat. Zwar kann nach § 70 InsO ein Gläubigerausschussmitglied aus wichtigem Grund aus seinem Amt entlassen werden, dies ist jedoch auch die einzige Möglichkeit der Rechtsaufsicht durch das Gericht, noch dazu beschränkt auf das einzelne Mitglied.⁶⁴⁶ Damit unterliegt der Gläubigerausschuss nicht der Aufsicht des Insolvenzgerichts.⁶⁴⁷ Die enge Eingrenzung der Aufsicht über das einzelne Ausschussmitglied anhand des § 70 InsO rechtfertigt sich daraus, dass der Gläubigerausschuss gerade zur Verwirklichung einer Selbstverwaltung der wirtschaftlich Betroffenen geschaffen worden

⁶⁴³ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 71 Rn. 8; *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 71 Rn. 12.

⁶⁴⁴ *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S.128; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 7; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 71 Rn. 8; *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 71 Rn. 12.

⁶⁴⁵ *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, NZI 2008, 461; diese Aussage ist nicht ganz genau. Wie oben, S. 21 f., herausgearbeitet wurde, kann die Rechtsaufsicht nicht eine Begrenzung der rechtlichen Autonomie darstellen. Nur der gesetzliche Handlungsrahmen zeigt eine Grenze auf. Jede *ultra vires*-Handlung, die vom Gericht bemerkt und etwa im Fall des Gläubigerausschusses über § 70 InsO geahndet wird, ist bereits nicht Teil der Gläubigerautonomie.

⁶⁴⁶ Vgl. *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, NZI 2008, 461, 464.

⁶⁴⁷ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 69 Rn. 9; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 12; *Hirte*, in: *Braun InsO*, § 69 Rn. 5.

ist.⁶⁴⁸ Während dieser Gedanke auch für die Gläubigerversammlung trägt, kommt speziell für den Ausschuss noch hinzu, dass die Mitglieder in der Regel mit Sorgfalt ausgesucht wurden und zudem der Gläubigerschaft für Pflichtverletzungen haften. Die darin implizierte Rechtmäßigkeitskontrolle flankiert den Schutz aus § 70 InsO. Somit ist der Gläubigerausschuss auch vom Insolvenzgericht grundsätzlich unabhängig.

IV. Insolvenzschuldner

Auch gegenüber dem Insolvenzschuldner ist der Gläubigerausschuss unabhängig. Die Ausschussmitglieder sind zwar durch die Insolvenzordnung mit Teilen der Verwaltung und Verwertung des Schuldnervermögens betraut.⁶⁴⁹ Eine Rechenschaftspflicht gegenüber dem Schuldner wird dennoch abgelehnt, da die Mitglieder des Ausschusses nicht die Pflicht übernommen haben, das Schuldnervermögen zu verwalten und zu verwerten.⁶⁵⁰ Da der Schuldner nicht vom Schutzbereich des § 71 InsO erfasst ist, haften die Gläubigerausschussmitglieder dem Schuldner auch nicht für den Masseschaden, der infolge ihrer Pflichtverletzungen eingetreten sein mag.⁶⁵¹ Es liegt aber freilich auch im Interesse des Schuldners, dass seine Vermögensgegenstände bestmöglich verwaltet werden. Insofern decken sich, wie beschrieben,⁶⁵² Schuldner- und Gläubigerinteresse in der Aufgabenwahrnehmung des Ausschusses.

Umgekehrt trifft den Schuldner – wie auch gegenüber dem Gericht, dem Verwalter und auf gerichtliche Anordnung auch der Gläubigerversammlung – die Pflicht zur Offenlegung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse, § 97 Abs. 1 S. 1 InsO.

⁶⁴⁸ Gundlach/Frenzel/Strandmann, NZI 2008, 461, 463; Haarmeyer/Horstkotte, ZInsO 2012, 1441, S. 1445, die von der Notwendigkeit eines *judicial self-restraint* sprechen.

⁶⁴⁹ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 4; Hegmanns, Gläubigerausschuss, S. 52; Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1250a; Frege, NZG 1999, 478, 484.

⁶⁵⁰ Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1250b; umgekehrt besteht aber ein Auskunftsrecht, siehe S. 144.

⁶⁵¹ So schon unter der Geltung der offen formulierten Haftungsnorm in der Konkursordnung: RG im Urteil v. 23.09.1893 – I 170/93, RGZ 31, 119, 120.

⁶⁵² Siehe S. 102 ff.; 155 ff.

Gläubigerautonome Gestaltung des Gläubigerausschusses

Es wurde herausgearbeitet, dass Gläubigerautonomie keine taugliche Zielbestimmung des Gesetzgebers ist. Sie kann lediglich als Mittel dienen, als eines von vielen Instrumenten zur Effizienzsteigerung des modernen Insolvenzverfahrens. Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, das am 1. März 2012 in Kraft getreten ist, sollte ausdrücklich den Einfluss der Gläubiger auf das Verfahren stärken.⁶⁵³ Dass diese Vorgabe mit großer Vorsicht zu handhaben ist, wurde bereits dargelegt: Der Einflussgewinn der Gläubiger ist kein Garant für den „Erfolg“ des Insolvenzverfahrens. Der nächste Schritt der Arbeit untersucht daher das geltende Insolvenzrecht auf Entwicklungsmöglichkeiten, die sich auf eine Effizienzsteigerung und Beschleunigung des Verfahrens einordnen und sich dabei des Instruments der Gläubigerautonomie bedienen. Dabei wird die These gestützt, dass der Gläubigerausschuss ein geeignetes Institut ist, um eine bestmögliche Verfahrensabwicklung zu gewährleisten.

A. Wirkung des ESUG auf das Institut des Gläubigerausschusses

Ziel des Gesetzgebers mit der Einführung des ESUG⁶⁵⁴ war insbesondere die Stärkung der Gläubigerautonomie.⁶⁵⁵ Mit dem Gedanken, die Erfolgsaussichten der Insolvenz zu verbessern, forcierte der Gesetzgeber durch das ESUG die sich hinter der Gläubigerautonomie verbergende Gläubigerbeteiligung. Einige der Änderungen brachten den Gläubigereinfluss auch in Verfahrensabschnitten zur Geltung, in denen vorher noch keine oder noch keine gesetzlich gesicherte Gläubigerbeteiligung möglich war.⁶⁵⁶ Nach altem Recht konnte der Einfluss auf die Verwalterauswahl erst

⁶⁵³ BT-Drs. 17/5712, S. 17, 24.

⁶⁵⁴ Gesetz v. 7. 12. 2011, BGBl. I 2011 Nr. 64 13. 12. 2011, S. 2582.

⁶⁵⁵ BT-Drs. 17/5712, S. 17, 24.

⁶⁵⁶ Vor der Normierung des vorläufigen Gläubigerausschusses bezogen bereits einzelne Insolvenzgerichte nach dem sog. Detmolder Modell wichtige Gläubiger in die Verwalterauswahl mit ein, vgl. *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 159; ausführlich: *Busch*, DZWIR 2004, 353, passim.

in der Gläubigerversammlung geltend gemacht werden.⁶⁵⁷ Zu diesem Zeitpunkt waren viele weichenstellende Entscheidungen bereits ohne ein Zutun der Gläubiger getroffen worden und der vorläufige Insolvenzverwalter war bereits derart in das Verfahren eingebunden, dass ein Personenwechsel in den meisten Fällen hohe Transaktionskosten bedeutet hätte.⁶⁵⁸ Die frühzeitige Einbindung der Gläubiger wurde daher durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss gewährleistet, § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO.⁶⁵⁹ Er wird nun gerichtlich nach pflichtgemäßem Ermessen eingesetzt und sein möglicher Mitgliederkreis beschränkt sich auf die Gläubiger.⁶⁶⁰ Diese wiederum haben keinen Anspruch, an der Auswahl der Ausschussmitglieder mitzuwirken.⁶⁶¹ Da es jedoch nicht leicht fällt, engagierte Gläubiger zu finden, die zu einer Teilnahme am Ausschuss bereit sind, empfiehlt es sich für interessierte Gläubiger, dem Gericht ihre Bereitschaft zu signalisieren.⁶⁶² Dem vorläufigen Gläubigerausschuss wurde durch das ESUG auch ein Anhörungsrecht im Rahmen der Auswahl des vorläufigen Verwalters eingeräumt, § 56a Abs. 1 InsO.⁶⁶³ Die gleichfalls geänderte Vorschrift zur Arbeitnehmerbeteiligung in § 67 Abs. 2 S. 2 InsO ist keine Vorschrift zur Gläubigerbeteiligung und damit auch nicht Bestandteil der Gläubigerautonomie.⁶⁶⁴

B. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses

Die Mitgliedschaft im Ausschuss ist in zweierlei Hinsicht Anknüpfungspunkt für insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie. Zum einen ist eine ausgewogene Besetzung eines vorläufigen Ausschusses Bedingung dafür, dass die Interessen der Gläubiger schon in diesem frühen Verfahrensstadium angemessen repräsentiert werden, sowie im Falle des endgültigen Ausschusses sogar selbst Gegenstand der Gläubigerautonomie. Zum anderen bedeutet jedes Mittel, das den Ausschuss durch die Gestaltung der Mitgliedschaft flexibler und professioneller macht, auch eine Effektivierung der Gläubigerautonomie.

⁶⁵⁷ Vgl. *Wimmer*, Das neue Insolvenzrecht, S. 14.

⁶⁵⁸ *Wimmer*, Das neue Insolvenzrecht, S. 14.

⁶⁵⁹ BT-Drs. 17/5712, S. 24; vgl. auch *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, S. 18; *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 16 ff.

⁶⁶⁰ § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO verweist nicht auf § 67 Abs. 3 InsO, dazu näher unten S. 133 ff.

⁶⁶¹ *Obermüller*, ZInsO 2011, 1809, 1812.

⁶⁶² Vgl. *Obermüller*, ZInsO 2011, 1809, 1812.

⁶⁶³ Dazu unten, S. 153 ff.

⁶⁶⁴ Dazu unten, S. 131 ff.

I. Allgemeine Voraussetzungen

Vor dem Berichtstermin hatten die Gläubiger in der Regel noch keine Möglichkeit, ihren Willen in der Besetzung des Gläubigerausschusses abzubilden: Die Mitglieder sowohl des vorläufigen als auch des Interimsausschusses werden nicht durch die Gläubigerversammlung, sondern durch das Insolvenzgericht eingesetzt, § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO i.V.m. § 67 Abs. 1 InsO. Es ist daher im Sinne eines gläubigerbeeinflussten Verfahrens, dass die gesetzlichen Vorgaben für die beiden Verfahrensstadien vor dem Berichtstermin von den Vorgaben zum endgültigen Ausschuss abweichen.

Für den Interimsausschuss und über § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO auch für den vorläufigen Gläubigerausschuss gilt der Besetzungsschlüssel des § 67 Abs. 2 InsO, nach dem die vier wichtigsten Gläubigergruppen im Ausschuss repräsentiert sein sollen: absonderungsberechtigte Gläubiger, Insolvenzgläubiger, Groß- und Kleingläubiger. Daraus ergibt sich eine Gremiengröße von vier Personen, wovon insoweit abgewichen werden kann,⁶⁶⁵ wie mindestens zwei Personen tatsächlich in den Ausschuss eingesetzt werden,⁶⁶⁶ um den Charakter einer interessenpluralistischen Gläubigervertretung⁶⁶⁷ aufrecht erhalten zu können. Gleichzeitig verhindert eine ungerade Zahl an Mitgliedern Pattsituationen bei Abstimmungen nach Köpfen.⁶⁶⁸ Da Gläubigerausschüsse vornehmlich in Großverfahren eingesetzt werden, ist in der Regel eine Gremiengröße von fünf oder sieben Personen vorzugswürdig, um allen relevanten Gläubigergruppen Rechnung zu tragen.⁶⁶⁹

Ob § 67 Abs. 2 InsO auch für die endgültige Besetzung des Ausschusses durch die Gläubigerversammlung gilt, ist eng mit dem Umfang der insolvenzrechtlichen Gläubigerautonomie verknüpft und wird daher unten eingehend behandelt.⁶⁷⁰

Besondere Anforderungen werden an die Qualifikation der Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht gestellt.⁶⁷¹ Insbesondere fehlt eine Vorgabe ähnlich des

⁶⁶⁵ Eine ausdrückliche Mindest- oder Höchstzahl schreibt der Gesetzgeber nicht vor, vgl. Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 20.

⁶⁶⁶ BGH im Beschluss v. 05.03.2009 – IX ZB 148/08, ZIP, 2009727; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 20; Schmid-Burgk, in: MüKo InsO, § 67 Rn. 11; Ehlers, BB 2013, 259, 260.

⁶⁶⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 100.

⁶⁶⁸ AG Ludwigshafen im Beschluss v. 04.05.2012 – 3f IN 103/12, ZInsO 2012, 987; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 20; Ehlers, BB 2013, 259, 260.

⁶⁶⁹ Zuletzt wurde im Insolvenzfall der zweitgrößten deutschen Fluggesellschaft *Air Berlin* ein Ausschuss mit fünf Mitgliedern eingesetzt: ein Vertreter der Lufthansa-Tochter *Eurowings*, jeweils ein Vertreter der *Bundesagentur für Arbeit* und der *Commerzbank* sowie ein *Air Berlin*-Manager und als Vertreter der Flugzeug-Leasinggesellschaften ein Fachanwalt für Insolvenzrecht.

⁶⁷⁰ Siehe S. 131 f.

⁶⁷¹ Vgl. Haarmeyer, ZInsO-Newsletter 2012, 9.

§ 100 Abs. 5 AktG für die Aufsichtsratsmitglieder.⁶⁷² So ist grundsätzlich jede natürliche und juristische Person zur Amtsübernahme geeignet.⁶⁷³ Einigen Personen ist jedoch aufgrund immanenter Interessenkollisionen die Mitgliedschaft versagt. Dazu gehören der Schuldner oder seine gesetzlichen Vertreter, der Insolvenzverwalter und Personen, die am Insolvenzgericht tätig sind,⁶⁷⁴ nicht jedoch die Gesellschafter einer insolventen juristischen Person.⁶⁷⁵

Der Mangel an gesetzlichen Vorgaben gibt immer wieder Anlass für Rufe nach einer gesetzlich vorgeschriebenen Professionalisierung des Ausschusses.⁶⁷⁶ So sei die Beschränkung der vorläufigen und Interimsausschüsse auf Mitglieder, die selbst Gläubiger sind, unnötiges Hindernis für eine Besetzung mit besonderer Expertise.⁶⁷⁷ *Haarmeyer* gibt hier zu bedenken, die schnelle Entscheidungsfolge im Eröffnungsverfahren erfordere ein hohes Maß an Geschäftserfahrung. Angesichts der professionellen Verwalterarbeit mute es gar wirklichkeitsfern an, wenn die den Verwalter beaufsichtigenden Personen ihrerseits Laien sein sollten.⁶⁷⁸ In diesem Sinne appellieren auch *Heeseler/Neu* an den Gesetzgeber, die Anforderungen an die Gläubigerausschussmitglieder gesetzlich zu konkretisieren, um die Qualität der Ausschussarbeit zu erhöhen.⁶⁷⁹ Sie entwickeln dazu ein sog. Gegenpapst-Modell, nach dem gesetzlich vorgeschrieben ein zusätzliches unabhängiges Mitglied in die Ausschüsse eingesetzt werden solle.⁶⁸⁰ Sie wenden jedoch auch ein, dass § 67 Abs. 3 InsO für den Interimsausschuss bereits jetzt den Gerichten die Möglichkeit bietet, einen unabhängigen Dritten in den Ausschuss einzusetzen.⁶⁸¹

Einer gesetzlichen Vorgabe zur Qualifikation der Ausschussmitglieder ist grundsätzlich zu widersprechen. Die Verbesserung der Ausschussarbeit kann nur durch Flexibilität erreicht werden. Wenn jedoch bereits die Einsetzung eines Ausschusses an dem Mangel normgemäßen Personals scheitert, ist der Qualität der

⁶⁷² Sie findet auch mangels vergleichbarer Interessenlage der kapitalmarktorientierten Gesellschaft keine analoge Anwendung auf den Gläubigerausschuss in der Insolvenz: *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, 442 f.

⁶⁷³ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 67 Rn. 21; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 68 Rn. 16; *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 68 Rn. 5.

⁶⁷⁴ *Vallender*, in: *Berger/Kayser/Ganter (Hrsg.)*, FS *Ganter*, S. 392; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 72 Rn. 11.

⁶⁷⁵ Sie haften in der Regel nicht persönlich und haben daher ausreichend Abstand zum Sachverhalt: *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 67 Rn. 25; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 67 Rn. 16; *Gerhardt*, in: *Jaeger GK InsO*, § 67 Rn. 29.

⁶⁷⁶ *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109; *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, 443.

⁶⁷⁷ *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109, 2115; *ders.*, ZInsO-Newsletter 2012, 9.

⁶⁷⁸ *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109, 2115.

⁶⁷⁹ *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, 443.

⁶⁸⁰ *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, 444 f.; die Idee verläuft parallel zu dem sog. Drei-Bänke-Modell, das bei der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft im Gespräch war und unabhängige Dritte in den Aufsichtsrat der SE einsetzen wollte, vgl. dazu: *Lutter*, BB 2002, 1.

⁶⁸¹ *Heeseler/Neu*, NZI 2012, 440, 444 f.

Ausschussarbeit ein Bärendienst erwiesen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist es den Ausschussmitgliedern – auch schon vor Verfahrenseröffnung – möglich, einen Vertreter in den Ausschuss zu entsenden, der seinerseits mit besonderer Sachkunde ausgestattet ist und gleichzeitig die Interessen derjenigen Gläubigergruppe einzubringen vermag, für die er entsandt wurde.⁶⁸² Legt der Gläubigerausschuss besonderen Wert auf Professionalisierung, können spezifische Regelungen in der Geschäftsordnung Anforderungen an die Vertreter formulieren. Nur wenn die vorläufigen und Interimsausschüsse neben der Gläubigerstellung der Mitglieder keinen zusätzlichen Anforderungen unterliegen, kann eine faktische Zurückdrängung der Gläubigerbeteiligung durch das Zusammenwirken von personellem Legitimationsmangel und fehlendem ausreichend qualifizierten Personal verhindert werden. Das Gegenpapst-Modell schließlich ist eine unnötige Belastung für die Verfahrensvorschriften. Zwar würde sich mit der Zeit ein Pool geeigneter Personen bilden, auf den die Gerichte regelmäßig zugreifen können. Dadurch würde jedoch dem Ausschuss eine Person auferlegt, die weder direkten Rückhalt in der Gläubigerschaft genießt, noch auch nur selbst betroffene Gläubigerin ist. Die mangelnde Legitimation einer solchen Person und die zusätzlichen Kosten, die durch sie entstehen, sprechen daher entschieden gegen das Gegenpapst-Modell.

II. Einzelfragen der Mitgliedschaft

Die Literatur über den Gläubigerausschuss hat das Organ in wichtigen Bereichen umfänglich behandelt.⁶⁸³ Einige Fragen sind jedoch bislang unbeantwortet oder bedürfen einer erneuten Betrachtung. Insbesondere die Neueinführung des Gruppen-Gläubigerausschusses in der Konzerninsolvenz ist bislang nur beiläufig bearbeitet worden.⁶⁸⁴ Hier werden daher im Folgenden ausgewählte Aspekte der Mitgliedschaft, der Amtsausübung, der Haftung und die Wirkung des Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen dargestellt und anhand des neu gewonnenen Verständnisses von Gläubigerautonomie ausgearbeitet.

Die Mitgliederauswahl stellt die Weichen für einen funktionsfähigen Ausschuss. Die ausgeglichene Zusammensetzung ermöglicht es dem Gremium, Konsensentscheidungen mit dem nötigen Rückhalt in der Gläubigerversammlung zu treffen. Während der vorläufige und der Interimsausschuss nicht gläubigerautonom, sondern durch das Gericht eingesetzt werden, ist die Besetzungsentscheidung über den endgültigen Ausschuss gem. § 68 InsO Teil der Gläubigerautonomie. Ziel muss es sein, eine verzögerungsfreie und einvernehmliche Besetzung des Ausschusses sicherstellen zu können.

⁶⁸² Siehe zur Vertretbarkeit unten, S. 136 ff.

⁶⁸³ Eine instruktive Übersicht bieten *Göb* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, passim; *Steinwachs/Vallender/Cranshaw* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, passim.

⁶⁸⁴ Bislang einzig bei: *Hoffmann*, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 77 ff.

1. Anwendungsbereich des § 67 Abs. 2 InsO

Es wurde bereits ausgeführt, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses dem Kollektivinteresse der Gläubiger verpflichtet sind.⁶⁸⁵ Formalistisch wäre daher nicht von Belang, welche Gläubigergruppen einen Vertreter in den Ausschuss entsenden. Tatsächlich aber lässt sich nicht leugnen, dass auch bei bestem Bemühen um eine unparteiische Amtsausübung subjektiver Kolorit eingebracht wird und dieser für eine erfolgreiche Beratungsarbeit auch erwünscht ist. Jedenfalls dann, wenn das Gericht einen Ausschuss einsetzt, werden daher in § 67 Abs. 2 InsO Gläubigergruppen aufgeführt, die im Gremium vertreten sein sollen. Zweck ist es, eine Überrepräsentanz der Geld- und Warenkreditgeber zu verhindern.⁶⁸⁶ Neben diesen Großgläubigern sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch die absonderungsberechtigten Gläubiger, Kleingläubiger und Arbeitnehmer vertreten sein.

Der Schlüssel gilt nur für die gerichtliche Ausschusseinsetzung.⁶⁸⁷ Anderslautende Stimmen betonen teilweise, § 67 Abs. 2 S. 1 InsO ließe eine solche Einschränkung nicht zu.⁶⁸⁸ Die Formulierung „im Gläubigerausschuß“ lasse vielmehr darauf schließen, dass es sich um eine allgemeine Vorgabe handele, die folglich auch bei einer Einsetzung des endgültigen Ausschusses durch die Gläubigerversammlung gelte. Auch die Materialien würden eine Einschränkung nicht stützen. In der Gesamtschau mit § 222 Abs. 1 InsO, der bei der Insolvenzplanerstellung die Bildung von Gläubigergruppen vorschreibt, müsse man zu dem Ergebnis kommen, dass es dem Gesetzgeber gerade um eine umfassende Repräsentation aller relevanten Gruppen angekommen sei.⁶⁸⁹

Dem kann nicht gefolgt werden. § 68 InsO spricht speziell von der Wahl „anderer“ Mitglieder, die der Gläubigerversammlung ermöglicht werden soll. Systematisch bezieht sich diese Vorschrift auf den vorangegangenen Paragraphen. Die Entscheidungshoheit der Gläubiger erfährt in § 68 Abs. 2 InsO keine besondere Einschränkung. Zudem bereitet die Suche nach geeigneten Ausschussmitgliedern bereits ohne die Vorgaben über die Zusammensetzung Schwierigkeiten, die oft zu dem Entschluss führen, überhaupt keinen Ausschuss einzusetzen. Da faktisch neben die Zusammensetzungsvorgabe auch eine Regelgröße (vier Personen) treten würde, käme eine weitere Schwierigkeit hinzu. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs ist

⁶⁸⁵ Siehe S. 95 f.

⁶⁸⁶ *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 67 Rn. 10; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 17; *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 67 Rn. 32.

⁶⁸⁷ Ebenso: *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 68 Rn. 10; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 68 Rn. 7; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 68 Rn. 4, der jedoch auch darauf hinweist, dass sich die Gläubigerversammlung an den Vorgaben des § 67 Abs. 2 InsO zumindest orientieren sollte.

⁶⁸⁸ *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 37 f.; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 68 Rn. 15; *Obermüller*, ZInsO 2012, 18, 22.

⁶⁸⁹ *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 37; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 68 Rn. 15; *Obermüller*, ZInsO 2012, 18, 22.

überdies nicht zweckwidrig.⁶⁹⁰ Im Gegenteil ist die Funktion des § 67 Abs. 2 InsO nicht darin zu erkennen, dass allgemeine Vorgaben für die Zusammensetzung des Ausschusses gemacht werden, sondern dass der gerichtlichen – gläubigerfremden – Einsetzung Rechnung getragen wird. Durch den Repräsentationsschlüssel versucht der Gesetzgeber, ein ausreichendes sachliches Legitimationsniveau dort zu erreichen, wo eine personelle Legitimation noch nicht möglich ist.

Die Praxis hat zudem gezeigt, dass die vorläufigen Ausschüsse, die sich nach dem Schlüssel des § 67 Abs. 2 InsO richten, in der Regel durch die Gläubigerversammlung bestätigt werden.⁶⁹¹ Die somit für die Frage relevanten neu eingesetzten Ausschüsse betreffen kleinere Verfahren, bei denen die Schwelle des § 22a Abs. 1 InsO nicht erreicht wurde.

Über die Zumutbarkeit, stößt hier auch die Machbarkeit an ihre Grenzen, weil sich in den relevanten Gläubigergruppen mit geringerer Wahrscheinlichkeit geeignete Personen finden. Der Rückgriff auf Dritte würde zusätzliche Massekosten bedeuten. Schließlich wird darauf hingewiesen, dass es sich bei § 67 Abs. 2 InsO um eine Soll-Vorschrift handelt, deren Nichtbefolgung keine Sanktionen mit sich bringt und die Diskussion damit hinfällig sei.⁶⁹² In Betracht kommt hier allerdings ein Aufhebungsbeschluss des Gerichts nach § 78 Abs. 1 InsO, wenn das Abweichen von der Regel nicht substantiiert begründet werden kann.⁶⁹³ Damit kann der Einwand, die Diskussion sei unbeachtlich, nicht überzeugen. Letztlich ist der Besetzungsschlüssel des § 67 Abs. 2 InsO somit nicht auf endgültige Gläubigerausschüsse anzuwenden.

2. Die juristische Person

Eine juristische Person kann nach mittlerweile absolut herrschender Meinung als Mitglied des Gläubigerausschusses bestellt werden.⁶⁹⁴ Da sie nur durch ihre Organe handeln kann, müssen ihre organschaftlichen Vertreter im Ausschuss für sie er-

⁶⁹⁰ So aber: *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 37.

⁶⁹¹ Der Befund der Akteneinsicht am AG Hamburg lag auf dieser Linie.

⁶⁹² *Voigt-Salus/Pape*, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 21 Rn. 346.

⁶⁹³ A.A. *Voigt-Salus/Pape*, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 21 Rn. 346, die einen Verstoß gegen § 67 Abs. 2 InsO in jedem Fall für unbeachtlich bezeichnen.

⁶⁹⁴ So auch Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443, S. 131; BGH im Urteil v. 11. 11. 1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 89; OLG Köln im Urteil v. 01. 06. 1988 – 13 U 234/87, ZIP 1988, 992; *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 38; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 67 Rn. 10 ff.; *Pape*, ZInsO 1999, 675, 677; kritisch zum neuen Recht: *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2007, 531; *Vallender*, WM 2002, 2040; ablehnend: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch Insolvenzordnung, Kap. 6 Rn. 15; unter Geltung der KO: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 110 ff.; Näheres zu Vertretbarkeit des Ausschussmitglieds unten, S. 136 ff.

scheinen.⁶⁹⁵ Der BGH ergänzt, dass die tatsächlich erscheinende Person nicht der organschaftliche Vertreter sein muss, sondern auch ein Dritter sein kann.⁶⁹⁶ Dem ist vollständig zuzustimmen: zur Abbildung der Gläubigerschaft ist es in den relevanten Insolvenzfällen unumgänglich, auch juristische Personen in den Ausschuss aufzunehmen. Darüber hinaus können diese juristischen Personen derart organisiert sein, dass die organschaftlichen Vertreter nicht für die Teilnahme in einem Gläubigerausschuss abkömmlich sind und somit nicht persönlich erscheinen können.

Mit Blick auf die Gläubigerautonomie ergibt sich bei juristischen Personen im Ausschuss eine bemerkenswerte Verflechtung, wenn sie ihrerseits in die Insolvenz fallen:⁶⁹⁷ Fraglich ist dann, ob der Ausschussposten durch den Insolvenzverwalter des Ausschussmitglieds übernommen wird, ob dies auch dann der Fall wäre, wenn nicht der organschaftliche Vertreter, sondern ein anderer Angehöriger des Unternehmens eingesetzt worden ist, und schließlich, ob dann noch von einer gläubigerautONOMEN Entscheidung der Gläubigerversammlung des „Hauptinsolvenzverfahrens“ gesprochen werden kann. Unabhängig von der Entscheidung über den Verbleib oder die Übertragung des Ausschussamtes, käme schließlich in Betracht, dass die Insolvenz eines Gläubigerausschussmitglieds als wichtiger Grund im Sinne des § 70 S. 1 InsO zur Entlassung des Mitglieds führen kann.

a) Übergang des Ausschusspostens bei Insolvenz des Mitglieds

In der Insolvenz gehen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse bezüglich des Schuldnervermögens auf den Insolvenzverwalter über, § 80 Abs. 1 InsO. Daraus ließe sich schließen, dass auch die Mitgliedschaft in dem Gläubigerausschuss einer Drittin solvenz nun dem Insolvenzverwalter des neuen Verfahrens zufällt. Ein Übergang der Schuldnerrechte auf den Insolvenzverwalter ist dann anzunehmen, wenn es sich bei ihnen nicht um einen Bestandteil oder ein untrennbares Anhängsel des Schuldnervermögens handelt⁶⁹⁸ und damit zum insolvenzfremden Bereich zählt. Entscheidend ist danach die Frage, ob das konkrete Recht vermögens- oder personenbezogen ist.⁶⁹⁹ Auskunftsansprüche des Schuldners etwa sind vermögensbezogen

⁶⁹⁵ Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 67 Rn. 11; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 22.

⁶⁹⁶ „Sie [die jur. Person] ist jedoch grundsätzlich nicht daran gehindert, auch andere Personen als Vertreter in den Gläubigerausschuß zu entsenden.“, BGH im Urteil v. 11. 11. 1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 90.

⁶⁹⁷ Die Frage ansprechend, jedoch ohne Ergebnis: Bogumil/Pollmächer, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, B Rn. 104.

⁶⁹⁸ So zur Geheimnisherrschaft für das Bankgeheimnis: Stephan, WM 2009, 241, 245.

⁶⁹⁹ So in Anlehnung an Stephan, WM 2009, 241, 245, allgemein Ott/Vuia, in: MüKo InsO, § 80 Rn. 44.

und können nach Insolvenzeröffnung durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.⁷⁰⁰

Die Mitgliedschaft in einem Gläubigerausschuss ist nicht zwangsläufig mit der Gläubigerposition des Mitgliedes verbunden. Nur im vorläufigen Ausschuss kann nach aktuellem Meinungsstand davon ausgegangen werden, dass ausschließlich Forderungsinhaber tatsächlich in den Ausschuss eingesetzt werden.⁷⁰¹ Eine Vermögensbezogenheit ist somit jedenfalls dann abzulehnen, wenn das insolvente Ausschussmitglied nicht selbst Gläubiger im Drittverfahren ist. In den übrigen Fällen lässt sich erkennen, dass zwar mit der Ausschussarbeit das Interesse aller Gläubiger verfolgt wird, dabei jedoch *auch* die Vermögensinteressen des nun insolventen Gläubigers wesentlicher Antrieb sind und eine ordnungsgemäße Ausschussarbeit der Forderungsbefriedigung zuträglich ist. Maßgeblich für die Personalentscheidung des Gerichts oder der Gläubigerversammlung zu den Ausschussmitgliedern ist jedoch ihre persönliche Eignung. Sie kann sich äußern in besonderer persönlicher Expertise – durch das Mitglied selbst, beziehungsweise durch seine (organschaftlichen) Vertreter – oder in einer besonderen repräsentativen Funktion für eine bestimmte Gläubigergruppe. Dies wiederum sind personenbezogene Merkmale, die in ihrem Gewicht für die Ausschusstätigkeit überwiegen.⁷⁰² Schließlich ist die Mitgliedschaft in einem Gläubigerausschuss nicht auf die Verwirklichung der eigenen Forderung gerichtet, sondern auf das Kollektivinteresse der Gläubiger. Mögen diese beiden Ziele zwar oft Hand in Hand gehen, so bedeutet die Kollektivinteressenvertretung doch eine Trennung vom persönlichen Vermögen.

Damit ist die Mitgliedschaft in dem Gläubigerausschuss eines Drittverfahrens weder Bestandteil des Schuldnervermögens noch dessen untrennbares Anhängsel. Da sie auf diese Weise zum insolvenzfreien Bereich zu zählen ist, geht sie auch nicht auf den Insolvenzverwalter über.⁷⁰³ Damit erübrigt sich zudem die Frage, ob es einen Unterschied macht, wenn nicht der organschaftliche Vertreter, sondern ein anderer Unternehmensangehöriger in den Ausschuss entsandt worden ist.

b) Insolvenz als wichtiger Grund im Sinne des § 70 S. 1 InsO

Möglicherweise hat die Insolvenz des Ausschussmitgliedes aber Auswirkungen auf seine Amtsführung und könnte daher Grund für seine vorzeitige Entlassung aus dem Ausschuss sein.

⁷⁰⁰ OLG Dresden im Beschluss v. 27.03.2012 – 20 W 1003/11, NZI, 2012458; Ott/Vuia, in: MüKo InsO, § 80 Rn. 43.

⁷⁰¹ In § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO fehlt ein Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO, vgl. Vallender, in: Uhlenbruck InsO, § 21 Rn. 1c; Blankenburg, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 21 Rn. 76.

⁷⁰² Die Frage, ob die Mitgliedschaft im Ausschuss auch höchstpersönlich ist, muss davon getrennt werden. Dazu S. 138.

⁷⁰³ Anders ist dies bei der Teilnahme an der Gläubigerversammlung des Drittverfahrens zu werten. Hier ist das Teilnahmerecht untrennbar mit der Insolvenzforderung verbunden und wird daher wohl durch den Insolvenzverwalter wahrzunehmen sein.

Das Insolvenzgericht kann von Amts wegen oder auf Antrag der Gläubigerversammlung oder eines Gläubigerausschussmitglieds einzelne Mitglieder des Ausschusses aus wichtigem Grund aus dem Amt entlassen, § 70 InsO. Ausschussmitglieder sind dabei nur zu einem Eigenantrag berechtigt.⁷⁰⁴ Das LG Kassel hat zum Ausschlussantrag ausgeführt, dass mangels anderweitiger Möglichkeiten der Kontrolle des Ausschusses keine allzu hohen Anforderungen an das Merkmal des wichtigen Grundes zu stellen seien.⁷⁰⁵ Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat jedoch in späteren Entscheidungen eine restriktivere Auslegung des Tatbestandsmerkmals entwickelt.⁷⁰⁶ Ein wichtiger Grund liegt demnach nur dann vor, wenn das Ausschussmitglied eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat und die Fortsetzung der Ausschusstätigkeit für die anderen Mitglieder dadurch unzumutbar wird.⁷⁰⁷ Zudem komme eine Entlassung aus wichtigem Grund in Betracht, wenn die weitere Mitarbeit des betroffenen Mitglieds die Aufgabenerfüllung des Gläubigerausschusses nachhaltig erschwere oder unmöglich mache.⁷⁰⁸ Dabei kann das Mitglied auch bei von ihm nicht verschuldeten Störungen aus dem Amt entlassen werden.⁷⁰⁹

Auf die übrigen Mitglieder und die Funktionsfähigkeit des Ausschusses hat die Insolvenz eines Mitglieds in der Regel keine Auswirkungen. Sofern doch eine Veränderung in der Qualität der Arbeit des betroffenen Mitglieds festgestellt werden kann, wird dies jedenfalls nicht dazu ausreichen, um die restriktiven Anforderungen des Fremdantrages zu erfüllen.

Fraglich ist jedoch, ob die Initiative des betroffenen Mitglieds selbst genügen kann. Die Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss ist durch ihre Einbindung in ein staatliches Vollstreckungsverfahren ein Amt und steht somit nicht zur einseitigen Disposition des Ausschussmitglieds.⁷¹⁰ Die Rechtsprechung sieht bei einem Eigenantrag⁷¹¹ nach § 70 S. 2 InsO jedoch niedrigere Hürden als für den Fremdantrag, da hier kein Schutzbedürfnis vor einem Hinausdrängen des Ausschussmitglieds besteht.⁷¹² Genügen soll etwa eine stichhaltige⁷¹³, eine objektiv nachvollziehbare⁷¹⁴

⁷⁰⁴ Das Gesetz spricht von einem Antrag *des* Ausschussmitglieds; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 70 Rn. 8; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 70 Rn. 6.

⁷⁰⁵ LG Kassel im Beschluss v. 14.08.2002 – 3 T 301/02, *ZInsO*, 2002839.

⁷⁰⁶ BGH 9. Zivilsenat im Beschluss v. 15.05.2003 – IX ZB 448/02, *ZIP*, 20031259.

⁷⁰⁷ BGH 9. Zivilsenat im Beschluss v. 15.05.2003 – IX ZB 448/02, *ZIP*, 20031259; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 70 Rn. 5; *Pape*, *ZInsO* 1999, 305, 313.

⁷⁰⁸ BGH im Beschluss v. 01.03.2007 – IX ZB 47/06, *ZIP* 2007, 781, 782; siehe auch *Vallender*, in: *Gerhardt/Kirchhof* (Hrsg.), *FS Kirchhof*, S. 510.

⁷⁰⁹ *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 70 Rn. 7; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 70 Rn. 7.

⁷¹⁰ *Vallender*, in: *Gerhardt/Kirchhof* (Hrsg.), *FS Kirchhof*, S. 509; *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 70 Rn. 5.

⁷¹¹ Ausführlich zum Eigenantrag: *Graf*, *NZI* 2016, 757 ff.

⁷¹² *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 70 Rn. 5; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 70 Rn. 9; *Jungmann*, in: *K. Schmidt InsO*, § 70 Rn. 17.

⁷¹³ *Rendels*, *EWiR* 2003, 983, 984.

oder sogar jede Begründung.⁷¹⁵ Diese Schwellen würden durch eine Insolvenz des Gläubigerausschussmitglieds im Zweifel erfüllt. Doch auch, wenn man den strengen Maßstab des Fremdantrags auf die subjektive Leistungsfähigkeit des einzelnen Mitglieds herunterbricht, wird man in den meisten Fällen einen wichtigen Grund bejahen können. Danach müsste die eigene Insolvenz die persönliche Aufgabenwahrnehmung im Gläubigerausschuss nachhaltig erschweren oder unmöglich machen. Dies muss von dem entsprechenden Mitglied hinreichend dargelegt werden.⁷¹⁶ Was unter „hinreichend“ zu verstehen ist, wird nicht allzu streng ausgelegt werden dürfen. Es erscheint sinnvoll, ausreichen zu lassen, dass die Qualität der Aufgabenwahrnehmung, die bei Bestellung absehbar war, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit⁷¹⁷ nicht wird aufrecht erhalten bleiben können. Ist das Ausschussmitglied Unternehmensangehöriger der bestellten juristischen Person, wird sein Einsatz im Insolvenzfall im eigenen Unternehmen dringender benötigt als im Gläubigerausschuss. In der Regel muss dann die Aufgabenwahrnehmung im Gläubigerausschuss als nachhaltig erschwert oder unmöglich angesehen werden.

c) Zwischenergebnis

Die Insolvenz der als Ausschussmitglied bestellten juristischen Person bedeutet nicht den Übergang des Amtes auf den Insolvenzverwalter, weil die Amtsausübung personen- und nicht vermögensbezogen ist. Ein Fremdantrag auf Ausschluss aus dem Gläubigerausschuss nach § 70 S. 2 InsO ist regelmäßig nicht statthaft. Ein Eigenantrag des betroffenen Ausschussmitglieds führt dann zur Entlassung, wenn das einzelne Ausschussmitglied hinreichend darlegen kann, dass seine Aufgabenwahrnehmung eingeschränkt sein wird. Angesichts der Krisensituation des eigenen Unternehmens wird dies in der Regel überwiegend wahrscheinlich sein.

3. Stellvertretung im Ausschuss

Während es nach ganz herrschender Meinung möglich ist, Ersatzmitglieder für den Ausschuss zu bestellen,⁷¹⁸ wurde die Frage, ob sich das Ausschussmitglied bei der Amtsführung vertreten lassen kann, schon in den ersten Konkursrechtskommentaren und wird noch immer nahezu einhellig mit Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit des Amtes verneint.⁷¹⁹ Wenn aber bereits für den Insolvenzverwalter die

⁷¹⁴ Riedel, in: HK InsO, § 70 Rn. 4.

⁷¹⁵ Smid/Leonhardt, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Hrsg.), Insolvenzordnung, § 70 Rn. 3.

⁷¹⁶ Jungmann, in: K. Schmidt InsO, § 70 Rn. 16; in Anlehnung an: BGH im Beschluss v. 29.03.2012 – IX ZB 310/11, ZIP 2012, 876.

⁷¹⁷ Zur Wahrscheinlichkeit ausführlich: Musielak, Beweislast, S. 110 ff.

⁷¹⁸ Schmid-Burgk, in: MüKo InsO, § 68 Rn. 10; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 68 Rn. 14a; Frege/Keller/Riedel/Schrader, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1204.

⁷¹⁹ Voigt-Salus/Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 21 Rn. 355; Obermüller, in: Hefermehl/Möhring (Hrsg.), FS Möhring, S. 105; Kübler, in:

Höchstpersönlichkeit des Amtes in einem professionalisierten Insolvenzverfahren in Zweifel gezogen wird,⁷²⁰ liegt es nahe, auch die höchstpersönliche Amtswahrnehmung durch die Gläubigerausschussmitglieder kritisch zu beleuchten.

a) Meinungsstand

Nach der unangefochten herrschenden Meinung ist das Amt des Gläubigerausschussmitglieds höchstpersönlich.⁷²¹ Mit wenigen Ausnahmen⁷²² wird daraus gefolgert, dass einzelne Aufgaben nicht auf Vertreter übertragen werden können.⁷²³ Ebenfalls herrschend ist indes die Ansicht, dass sich trotz des Vertretungsverbot es bestimmte Tätigkeiten und Aufgaben an Dritte *delegieren* lassen.⁷²⁴ Prominentes Beispiel ist die Kassenprüfung, die angesichts der Komplexität moderner Abrechnungssysteme an sachverständige Wirtschaftsprüfer übertragbar sein soll.⁷²⁵ Jedenfalls diesen besonderen Fall der Delegation unterstützt der Gesetzeswortlaut mit der Formulierung, der Geldverkehrs- und bestand sei „prüfen zu lassen“, § 69 S. 2 InsO. Zur Prüfung kann demnach der Auskunftsanspruch gegenüber dem Insolvenzverwalter auch durch einen Dritten geltend gemacht werden. Unklar ist, ob dabei tatsächlich eine Delegation, also eine vertikale Übertragung von Aufgaben, Entscheidungskompetenzen und Verantwortung,⁷²⁶ oder eine Vertretung der Aus-

Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 17; dieser einhelligen Meinung zum Trotz konnte auch in den Ausschussprotokollen, die in der Akteneinsicht am AG Hamburg eingesehen wurden, immer wieder die Vertretung von Ausschussmitgliedern festgestellt werden. Literatur und Praxis laufen hier auseinander.

⁷²⁰ Vgl. Voigt-Salus/Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, Kap. 21 Rn. 131 ff.; in der Voraufgabe wurde Höchstpersönlichkeit als „Schimäre“ bezeichnet, dort: Voigt-Salus/Pape, § 21 Rn. 85.

⁷²¹ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 28; Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 2; Schmid-Burgk, in: MüKo InsO, § 67 Rn. 18; Jungmann, in: K. Schmidt InsO, § 67 Rn. 6; Heidland, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 727; Haenecke, KTS 1983, 533.

⁷²² Schmid-Burgk, in: MüKo InsO, § 67 Rn. 18; Cranshaw/Portisch/Knöpnadel, ZInsO 2015, 1, 4; für Stellvertretung, insbesondere im vorläufigen Ausschuss, auch Haarmeyer, ZInsO 2012, 2109, 2116.

⁷²³ Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 2; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 17.

⁷²⁴ Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 4, der ausdrücklich nur eine *Delegation*, aber keine *Vertretung* bei der Aufgabenwahrnehmung zulassen möchte; Weiß, in: Nerlich/Römermann InsO, § 69 Rn. 7.

⁷²⁵ Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 23; in: Jaeger GK InsO, § 69 Rn. 18; Frege, NZG 1999, 478, 483; vgl. auch BGH im Urteil v. 09.10.2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 331.

⁷²⁶ Steinle, in: Frese (Hrsg.), Handwörterbuch der Organisation, Sp. 500 ff.; Delegation ist ein organisationstheoretischer Begriff, der eine rechtliche Dimension in der Vertretung findet. Bei Creifelds/Weber/Cassardt, Rechtswörterbuch, Stichwort „Delegation“, wird der Begriff für Bevollmächtigte und Unterhändler verwandt sowie für die Übertragung einer staatlichen Rechtsetzungsbefugnis. Delegation und Vertretung als voneinander zwingend verschieden zu verwenden ist daher nicht richtig. Delegation ist keine rechtliche Kategorie.

schussmitglieder in der eigenen Aufgabe stattfindet. Auch im Übrigen erschließt sich die Unterscheidung zwischen dem rechtsgeschäftlich konnotierten Begriff der Stellvertretung und dem in der Literatur untechnisch verwendeten Begriff der Delegation einzelner Aufgaben nicht.

Neben denen, die eine Delegation für zulässig erachten, sind schließlich noch vereinzelte Stimmen zu berücksichtigen, die auch eine *Vertretung* von Gläubigerausschussmitgliedern in Einzelfällen zulassen wollen.⁷²⁷ Angesichts dieser Wirren ist es denkbar, den Begriff der Delegation fallen zu lassen und grundsätzlich die Zulässigkeit von Vertretung zu überprüfen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der insofern entgegenstehende Begriff der Höchstpersönlichkeit näher betrachtet wird.

b) Bedeutung des „höchstpersönlichen“ Amtes

Wenn in Rechtsprechung und Literatur einhellig von der Höchstpersönlichkeit des Amtes⁷²⁸ oder der Amtsführung⁷²⁹ des Ausschussmitglieds gesprochen wird, erscheint es zunächst folgerichtig, Stellvertretung mit der herrschenden Meinung allgemein abzulehnen. Höchstpersönlichkeit soll Stellvertretung ausschließen.⁷³⁰ Höchstpersönlichkeit liegt dann vor, wenn ein Recht oder eine Befugnis so eng mit der Person des Berechtigten in Verbindung steht, dass eine Übertragung nicht möglich ist.⁷³¹ Es bleibt nebulös, wie eine Vertretung in einzelnen Ausschusssitzungen oder Aufgaben durch eine andere Person möglich sein soll.⁷³² Viele Insolvenzgerichte lassen bereits im vorläufigen Ausschuss die umfassende Vertretung in

⁷²⁷ Undeutlich, aber wohl dafür: *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 131.

⁷²⁸ *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 28; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 2; *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 67 Rn. 6; *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 727; *Haenecke*, KTS 1983, 533.

⁷²⁹ *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 67 Rn. 18.

⁷³⁰ Statt vieler *Schubert*, in: MüKo BGB, § 164 Rn. 148.

⁷³¹ *Tilch* (Hrsg.), Münchener Rechts-Lexikon, Bd. 2, Stichwort „Höchstpersönliche Rechte“; so auch *Eickmann*, KTS 1986, 197, 200, in Anlehnung an *Creifelds/Weber/Cassardt*, Rechtswörterbuch, Stichwort „Höchstpersönliche Rechte“. *Eickmann* sieht darin eine Leerformel, weil er Höchstpersönlichkeit und Unübertragbarkeit als gegeneinander austauschbar bezeichnet. Ist eine Definition konsekutiv aufgebaut, kommt es aber eben nicht auf die Folge an, da diese gerade austauschbar sein muss, sondern auf die Ursache. Hier ist also die besondere Personenbezogenheit ausschlaggebend. Eine Leerformel liegt somit nicht vor.

⁷³² So aber: *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 67 Rn. 26; *Frind*, in: HamKo InsO, § 67 Rn. 6; *Mönning*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, A Rn. 131; *Hoffmann*, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 81; *Vortmann*, ZInsO 2006, 310, 311; auf diesen Widerspruch hinweisend: *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 190: „Das ist widersprüchlich: entweder herrscht Höchstpersönlichkeit, dann ist jede Bevollmächtigung, jede Stellvertretung ausgeschlossen [...] Oder Vertretung durch Bevollmächtigte ist für alle in Betracht kommenden natürlichen oder juristischen Personen sowie nicht-rechtsfähigen Vereine gleichermaßen möglich.“

den Ausschuss bestellter natürlicher oder juristischer Personen zu.⁷³³ Aus der Insolvenzordnung lässt sich derweil kein eindeutiger Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit des Amtes entnehmen. Die benannte Formulierung in § 69 S. 2 InsO kann anstelle einer Ausnahme vom Grundsatz der Höchstpersönlichkeit auch als Klarstellung angesehen werden, dass es sich bei der Kassenprüfung nicht um eine Individualpflicht aller Ausschussmitglieder handelt, sondern die Prüfung durch eine einzelne (interne oder externe) Person möglich ist. Die Entscheidung darüber, ob Vertretung bei der Amtsausübung des Ausschussmitglieds möglich ist, hängt also an Bedeutung und Reichweite der Höchstpersönlichkeit des Amtes. Für das Amt⁷³⁴ des Gläubigerausschussmitglieds liegt ein Bündel an Rechten und Pflichten vor, für das die vollständige oder teilweise Übertragung auf eine nicht in den Ausschuss gewählte dritte Person infrage steht.

Ob eine solche Übertragung möglich ist, hängt nach hier vertretener Ansicht nicht von dem Merkmal der Höchstpersönlichkeit des Amtes ab. Denn Höchstpersönlichkeit muss je nach Zuordnungssubjekt und -objekt differenziert betrachtet werden. Sinnvoll ist eine Unterteilung in höchstpersönliche *Rechtsgeschäfte* auf der einen und höchstpersönliche *Ämter* auf der anderen Seite. Die beiden Kategorien haben unterschiedliche Bezugspunkte. Während das höchstpersönliche Rechtsgeschäft die Funktion der berechtigten Person erfasst, stellt das höchstpersönliche Amt (nur) auf die Verantwortung des Amtsinhabers ab.⁷³⁵ Das höchstpersönliche Rechtsgeschäft zeichnet sich *als Rechtsgeschäft* gerade dadurch aus, dass seine Wirkung das Zuordnungssubjekt des Rechts trifft. Die Höchstpersönlichkeit ist damit funktional an die Person geknüpft. Das höchstpersönliche Amt hingegen zeichnet sich durch seine Drittwirkung aus. Das Zuordnungssubjekt ist lediglich durch die Verantwortungszuweisung betroffen. Schon *Jaeger* bemerkt in seinem Kommentar von 1936: „Die Vertrauensstellung der Ausschußmitglieder ist höchstpersönlicher Art. Ihre gesetzliche Verantwortlichkeit (§ 89) können sie nicht auf einen von ihnen bestellten Erfüllungsgehilfen abwälzen. Wohl aber stehen sie persönlich für dessen Verschulden ein (§278 BGB).“⁷³⁶ Hier wird deutlich, dass die Verantwortlichkeit das entscheidende Kriterium für das höchstpersönliche Amt darstellt, ihr unabänderbarer Ver-

⁷³³ *Grell/Klockenbrink*, DB 2013, 1038, 1043.

⁷³⁴ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 5.

⁷³⁵ Funktion und Verantwortung werden bei *Uffmann*, Interim Management, S. 104, als alternative Bezugspunkte aufgeführt. Ist die Funktion der Person Bezugspunkt des Rechts, trifft sie aber auch die Verantwortung. Auch *Heidland* stellt darauf ab, dass die Ausschussmitglieder ihre Verantwortlichkeit nicht abgeben können und bejaht im gleichen Satz die Anwendbarkeit von § 278 BGB auf Hilfspersonen. *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 727 Rn. 34; näher zur Haftung für Dritte unten, S. 160.

⁷³⁶ *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1936, § 88 Anm. 4; ähnlich auch: *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 727, der feststellt, die Tätigkeit sei höchstpersönlicher Natur, die *Verantwortlichkeit* könne daher nicht auf Erfüllungsgehilfen abgewälzt werden. Hier bleibt die Bedeutung der Höchstpersönlichkeit noch unklar.

bleib beim gewählten Ausschussmitglied aber nicht den Einsatz eines Erfüllungsgehilfen verbietet.

Im Fall des Rechtsgeschäftes kann diese Erkenntnis nicht gelten, denn die Loslösung des Rechts von seinem Zuordnungssubjekt scheidet dann aus, wenn es funktional gerade auf diese eine Person ankommt. Damit ist eine Vertretung oder Delegation in einem höchstpersönlichen Rechtsgeschäft grundsätzlich und immer ausgeschlossen. Ist die konkrete Person als Zuordnungssubjekt aber funktional entbehrlich, kann eine solche Loslösung nicht von vorneherein ausscheiden. Bei höchstpersönlichen Ämtern kommt es somit darauf an, ob die Rechte einzeln oder gebündelt von der konkreten Person abhängig sind oder nicht. Für den Insolvenzverwalter ergibt sich auf dieser Grundlage eine Palette von Aufgaben, die er an Mitarbeiter oder dritte Experten delegieren kann.⁷³⁷ Fraglich ist, ob auch im Falle des Gläubigerausschussmitglieds bestimmte Aufgaben und Rechte nur durch die konkrete Person wahrgenommen werden können.

c) Vertretbarkeit der Aufgaben des Ausschussmitglieds

Es stellt sich die Frage, ob der Bezug der einzelnen Aufgaben zu den Ausschussmitgliedern derart eng ist, dass eine Vertretung grundsätzlich ausscheiden muss.

⁷³⁷ Vgl. Graeber, NZI 2003, 569; Die Beschränkung des Insolvenzverwalteramtes auf natürliche Personen, die kürzlich vom BVerfG als verfassungskonform bestätigt wurde, vgl. BVerfG im Beschluss v. 12.01.2016 – 1 BvR 3102/13, BVerfGE 141, 121, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. Eine juristische Person kann ein höchstpersönliches Amt nur dann übernehmen, wenn die Aufgaben nicht an eine bestimmte Person geknüpft sind. Die zentral koordinierende Stellung des Insolvenzverwalters geht über geplantes und bekanntgemachtes öffentliches Auftreten hinaus und bedarf einer dauernden Erreichbarkeit und spezifischen Zuverlässigkeit, die eine juristische Person systemisch nicht gewährleisten kann. Entscheidend ist aber auch hier nicht die Höchstpönlichkeit des Amtes, sondern die Untrennbarkeit der konkreten Aufgaben von der Person. Dies wird im vorgehenden BGH-Beschluss als „unabhängbare Gewähr der Amtsstabilität“ bezeichnet, BGH im Beschluss v. 19.09.2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225, 229. Dessen Argumentation über die Höchstpönlichkeit wird richtigerweise vom BVerfG nicht weiter aufgegriffen. Vielmehr konzentrieren sich die Ausführungen zur Unbegründetheit auf das weite Delegationsfeld, das der juristischen Person offensteht, und lassen damit das Spezifikum der natürlichen Person (die persönliche Ansprechbarkeit und zentrale Aufgabenkoordination) als Kern der Höchstpönlichkeit des Insolvenzverwalteramtes unberührt. Diese Auffassung deckt sich auch mit den Aussagen Jaegers in seiner Kommentierung der Konkursordnung von 1936 zur Beschränkung des Verwalteramtes auf natürliche Personen: „Die Vorschriften des Gesetzes über das Verwalteramt sind zugeschnitten auf einen persönlich verantwortlichen, persönlich mit den Beteiligten wie mit dem Gericht verkehrenden, steter Beaufsichtigung unterliegenden und strafrechtlich scharf faßbaren Verwalter [...]“. Jaeger, Konkursordnung, Band 2, 1936, § 78 Anm. 7. Der Ausschluss juristischer Personen wird somit noch über deutlich mehr Aspekte begründet, als etwa im Falle des Gläubigerausschusses zum Tragen kommen könnten.

aa) Analogie zu § 111 Abs. 6 AktG

Im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, dessen funktionale Nähe zum Gläubigerausschuss oben dargestellt wurde,⁷³⁸ können die Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben nicht durch andere wahrnehmen lassen, § 111 Abs. 6 AktG. Eine solche Vorschrift fehlt in den Regeln zum Gläubigerausschuss. In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung. In beiden Fällen handelt es sich um ein Kontrollorgan, eine *monitoring*-Institution.⁷³⁹ Daneben tritt beim Gläubigerausschuss noch die Beratungsfunktion. Für beide Gremien hat der Gesetzgeber die Delegation bestimmter Teile der Überwachung erlaubt. Im Aufsichtsrat ergibt sich dies aus § 111 Abs. 2 S. 2 AktG, im Gläubigerausschuss aus § 69 S. 2 InsO.⁷⁴⁰ Die Interessenlage in den beiden Gremien ist somit grundsätzlich vergleichbar.

Fraglich ist aber, ob hier eine fehlende Vorschrift für den Gläubigerausschuss im Sinne des § 111 Abs. 6 AktG auch eine planwidrige Regelungslücke darstellt. Dafür spricht, dass der Aufgabenbereich des Gläubigerausschusses durch die zusätzliche Beratungsfunktion über den des Aufsichtsrates hinausgeht. Zudem ist der Gläubigerausschuss nur im Falle des originären vorläufigen Pflichtausschusses zwingend vorgesehen, während der Aufsichtsrat ein unabdingbares körperschaftliches Organ in der Aktiengesellschaft darstellt.⁷⁴¹ Wenn sich somit die Gläubigerversammlung für einen Ausschuss mit ausgesuchten Mitgliedern entscheidet, müssen diese auch die entsprechenden Aufgaben stets persönlich wahrnehmen.

Genau diese Perspektive kann aber auch ein anderes Bild zeigen. Gerade weil die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses in seiner wichtigen Gestalt als originär vorläufiger Pflichtausschuss nicht durch die Gläubiger selbst bestimmt wird, sondern das Gericht aus den Reihen der Gläubiger geeignetes Personal zu finden bestimmt ist, dient es der Flexibilisierung der Ausschussarbeit, wenn die Mitglieder grundsätzlich in der Lage sind, sich im Ausschuss vertreten zu lassen. Die Forderung nach Flexibilität erwächst aus einem wichtigen Unterschied des Gläubigerausschusses gegenüber dem Aufsichtsrat: die Statik des körperschaftlichen Organs erfordert eine stärkere Bindung an das ausgewählte Personal als das Prozessorgan. Die Notsituation der Insolvenz verlangt von den Gläubigern schnelle Reaktion und Anpassung. Dass in diesen Fällen ein eng geschnürtes normatives Korsett schädlich sein kann, hat der Gesetzgeber durch seine zurückhaltende Regelsetzung für den Gläubigerausschuss beachtet. Obwohl eine dem § 111 Abs. 6 AktG entsprechende Regelung schon im Handelsgesetzbuch von 1897 in § 246 Abs. 4 HGB (1897) in den Vorschriften zur Aktiengesellschaft zu finden war, wurde eine entsprechende Vorschrift in das Insolvenzrecht für den Gläubigerausschuss nicht übernommen. Gleichzeitig war schon

⁷³⁸ Siehe S. 102.

⁷³⁹ Vgl. Jacoby, Das private Amt, S. 411; Bruyn, Gläubigerausschuss, Rn. 67.

⁷⁴⁰ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 69 Rn. 19; Knof, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 29.

⁷⁴¹ Vgl. Habersack, in: MüKO AktG, Vorbemerkungen §§ 95 ff. Rn. 1.

zu Beginn des 20. Jahrhunderts vom Gläubigerausschuss als „Aufsichtsrat des Konkurses“⁷⁴² die Rede. Obwohl also die strukturelle Nähe von Ausschuss und Aufsichtsrat schon früh zum Gemeinplatz wurde, hat sich der Gesetzgeber gegen die Normierung einer entsprechenden Regel in der Insolvenzordnung entschieden. Die Regelungslücke kann somit nicht als planwidrig gedeutet werden. § 111 Abs. 6 AktG ist nicht analog auf den Gläubigerausschuss anzuwenden.

bb) Enge persönliche, verfahrensinterne Bindung

Für den Gläubigerausschuss besteht die besondere Situation, dass seine Rechte und Pflichten nur zwischen den Verfahrensteilnehmern bestehen: Entscheidungen des Ausschusses entfalten keine Außenwirkung.⁷⁴³ Dieses scheinbar enge verfahrensinterne Verhältnis und die Auswahl bestimmter spezifisch qualifizierter Personen durch die Gläubigerversammlung könnten dafür sprechen, dass es gerade auf die Funktion der Ausschussmitglieder als Personen ankommt.

Zöge man aber die durchdachte Auswahl der Ausschussmitglieder als Grund für eine besondere Bindung der Aufgaben an die Person heran, vermischten sich die voneinander zu trennenden Ebenen der Amtswalterauswahl und der Aufgabenausübung. Zwar hat sich die Gläubigerversammlung für diese konkreten Personen entschieden. Dies gilt aber nur für die Übernahme des Amtes und damit für die Übertragung der Verantwortlichkeit. Ob aber auch die sachgerechte *Aufgabenausübung* fest an diesen Personen hängt, ist damit nicht festgelegt. Dies muss von Aufgabe zu Aufgabe untersucht werden. Die Gefahr, dadurch einen Dammbuch hin zu einer extensiven Vertretung und letztlich zu einer Aushöhlung der Amtswalterauswahl und Entwertung der Amtsstellung zu provozieren,⁷⁴⁴ ist durch die Residualverantwortlichkeit des Gläubigerausschussmitglieds über § 71 InsO gleich jeder anderen Amtshaftung gebannt. Somit können sich beim vorläufigen Ausschuss das Gericht, beim endgültigen Ausschuss die Gläubigerversammlung sicher sein, dass die Aufgabe grundsätzlich einer geeigneten Person übertragen wurde, die auch die Fähigkeiten ihrer Vertreter einschätzen kann.

cc) Die juristische Person als Präzedenzfall

So wie diejenigen, die sich der juristischen Person als Ausschussmitglied entgegenstellen, anführen, die Höchstpersönlichkeit schliesse auch und insbesondere die organschaftliche Vertretung aus,⁷⁴⁵ gibt es umgekehrt Befürworter der allgemeinen Vertretbarkeit in der Amtsausübung auf die juristische Person als Präzedenzfall der

⁷⁴² Jaeger, Konkursordnung, Band 2, 1911, § 87 Anm. 1.

⁷⁴³ Insbesondere Zustimmung oder Widerspruch besonders wichtiger Rechtshandlungen haben keine Drittwirkung, § 164 InsO. Siehe zur Drittwirkung auch S. 26 ff.

⁷⁴⁴ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch Insolvenzordnung, Kap. 6 Rn. 15.

⁷⁴⁵ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch Insolvenzordnung, Kap. 6 Rn. 15.

Vertretung.⁷⁴⁶ Die hier entwickelte Struktur der Höchstpersönlichkeit vermag beide Problembereiche friktionsfrei zu lösen. Da der Bezugspunkt des höchstpersönlichen Amtes die (letztlich durch § 71 InsO finanzielle) Verantwortlichkeit ist, genügt es, wenn eine juristische Person und nicht eine spezifisch funktional geforderte natürliche Person eingesetzt wird.

Umgekehrt ist die organschaftliche Vertretung der juristischen Person trotz der denkbaren Fluktuation in der Position des Organs kein Argument für eine allgemeine Vertretbarkeit der Amtsausübung. Eine juristische Person kann nur – aber auch insbesondere – durch ihre organschaftlichen Vertreter handeln. Daher darf allein in solchen Fällen ein rechtsgeschäftlicher Vertreter in den Ausschuss entsandt werden, wenn die ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung nicht in besonderer Weise von der Person des Vertretenen abhängt. Die wiederum herrschende Ansicht, die juristische Person könne einen beliebigen Vertreter entsenden,⁷⁴⁷ ist somit entweder dogmatisch regelwidrig oder aber untrügliches Zeichen dafür, dass es im Amt des Gläubigerausschussmitglieds keine Aufgabe gibt, deren Erfüllung derart eng mit der Person verknüpft ist, dass eine Vertretung ausgeschlossen wäre. Richtig ist Letzteres: Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Vertreter die Aufgaben des Ausschussmitglieds nicht in gleicher Weise erfüllen kann wie der Vertretene. Im Gegenteil wird sich das Gläubigerausschussmitglied angesichts der zusätzlichen Kosten für das Personal und der gelockerten Kontrolle nur dann für eine Vertretung entscheiden, wenn es selbst die Aufgabe nicht in der gleichen Weise erfüllen kann. So besteht durch die Vertretung sogar die Chance auf eine Professionalisierung des Ausschusses. Das gilt gerade im vorläufigen und Interimsausschuss, bei dem das Gericht durch § 67 Abs. 2 InsO an einen kleinen Pool möglicher Personen gebunden ist.

dd) Geschäftsordnung als gläubigerautonomes Steuerungsinstrument

Sollten es die Beteiligten des Verfahrens als notwendig erachten, Vertretung im Gläubigerausschuss etwa zur Geheimniswahrung auszuschließen, kann die Geschäftsordnung die Vertretung verbieten.⁷⁴⁸ Auf diese Weise muss bei Ausschussentscheidungen auch keine Haftungskonstruktion über § 278 BGB zulasten des

⁷⁴⁶ *Cranshaw/Portisch/Knöpnadel*, ZInsO 2015, 1, 4 f.

⁷⁴⁷ „Die in den Gläubigerausschuß gewählte juristische Person handelt durch ihre Organe [...]. Sie ist jedoch grundsätzlich nicht daran gehindert, auch andere Personen als Vertreter in den Gläubigerausschuß zu entsenden.“ BGH im Urteil v. 11. 11. 1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 90.

⁷⁴⁸ Zur Geschäftsordnung: *Vallender*, WM 2002, 2040, 2044; *Mustersatzungen* bei: *Ingelmann/Ide/Steinwachs*, ZInsO 2011, 1059; im Anschluss daran: ZInsO 2012, 372–373; *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1207b.

Vertretenen errichtet werden,⁷⁴⁹ weil der Vertreter schon nicht an der Sitzung wird teilnehmen können.

ee) Sonstige zwingende Gründe für ein Vertretungsverbot

Nach wie vor bestechen die Gegner der Stellvertretung im Ausschuss aber mit der Warnung vor einer personellen Fluktuation, die mehrere Nachteile mit sich bringen kann.⁷⁵⁰ Zum einen sind die Ausschussmitglieder und ihre Vertreter nicht fortwährend gleich informiert, sodass die Informationsweitergabe zusätzliche Kosten bedeutet. Zum anderen können die Informationsdifferenzen den Entscheidungsprozess vereiteln, erschweren oder letztlich die Qualität der Entscheidung beeinflussen. Drittens besteht die Gefahr, dass der Kreis derer, die an sensible Informationen im Gläubigerausschuss gelangen, unüberschaubar wächst. Die Verantwortlichkeit bei Geheimnisverrat würde dann besonderen Beweisschwierigkeiten begegnen.

Das alles sind jedoch Einwände, die sich mit einer Geschäftsordnung beseitigen lassen, wenn ein erkennbares Risiko besteht. Sollte der Gesetzgeber den Ausschluss der Vertretbarkeit für rechtspolitisch sinnvoll erachten,⁷⁵¹ ist *de lege ferenda* ein Zusatz in § 69 InsO anzuraten, der nach Vorbild des § 111 Abs. 6 AktG die Wahrnehmung der Aufgaben den Mitgliedern persönlich auferlegt. Mit Blick auf eine Professionalisierung des Ausschusses ist es jedoch vorzuziehen, die Hoheit über die Vertretungsregeln bei den Ausschüssen selbst zu belassen. Zum einen ermöglicht die Aufgabenübertragung und damit die Nutzung fremden Sachverständes in bestimmten Bereichen, die Verfahren schneller zu eröffnen und Entscheidungen im Ausschuss zügiger zu treffen.⁷⁵² Zum anderen können auf diese Weise Gläubiger durch ihre Vertreter auch dann an den Sitzungen teilnehmen, wenn sie selbst verhindert sind.

Leidet die Ausschussarbeit unter der Vertretung, kann auch nachträglich eine Änderung der Geschäftsordnung durchgesetzt werden, das entsprechende Ausschussmitglied kann nach § 70 S. 1 InsO aus dem Amt entlassen werden und wenn der Masse ein Schaden entsteht, der sich auf die Vertretung zurückführen lässt, kommt eine Haftung des Ausschussmitglieds nach § 71 InsO in Betracht. Die funktionalen Gegenargumente können daher nicht überzeugen.

⁷⁴⁹ So bei: Obermüller, in: Hefermehl/Möhring (Hrsg.), FS Möhring, S. 105. Pape/Schultz, ZIP 2015, 1662, 1664.

⁷⁵⁰ Frind, BB 2013, 265, 269; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch Insolvenzordnung, Kap. 6 Rn. 15.

⁷⁵¹ Anhaltspunkte dafür gibt es keine. In den Motiven Gemeinschuldordnungsentwurf liest man aber, die Heranziehung fremder Elemente widerspreche dem Grundgedanken des Instituts, Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, Bd. II, S. 19. Dies bezieht sich aber nur auf die Regelung, dass keine Dritten in den Gläubigerausschuss gewählt werden konnten. Ob Vertreter der gewählten Mitglieder zulässig waren, wurde auch hier offengelassen.

⁷⁵² Vgl. Fürst, DZWIR 2006, 499.

ff) Zwischenergebnis

Anders als beim höchstpersönlichen Rechtsgeschäft verbietet die Übernahme eines höchstpersönlichen Amtes nicht grundsätzlich die Stellvertretung bei der Aufgabenwahrnehmung. Hier ist auf die amtspezifischen gesetzlichen Vorschriften zu achten, die, wie etwa § 111 Abs. 6 AktG, aber im Falle des Gläubigerausschusses nicht gelten. Die einzelnen Aufgaben des Amtes sind darauf zu überprüfen, ob sie mit der konkreten Person des Ausschussmitglieds stehen und fallen. Muss dies bejaht werden, scheidet Vertretung jedenfalls aus.

Die Aufgaben des Gläubigerausschusses sind nicht derart eng mit der konkreten Person des Ausschussmitglieds verbunden, dass eine ordnungsgemäße Aufgabenwahrnehmung nur durch diese Person denkbar ist. Vertretung im Gläubigerausschuss ist somit trotz der Höchstpersönlichkeit des Amtes möglich.

d) Zwischenergebnis

Das Amt des Gläubigerausschussmitglieds ist höchstpersönlich. Bei der Amtsführung können die Gläubigerausschussmitglieder aber ohne gesetzliche Einschränkungen Vertreter in den Ausschuss entsenden, denn Bezugspunkt der Höchstpersönlichkeit eines Amtes ist die Verantwortung, nicht aber die persönliche Funktion des gewählten Mitglieds. Wenn die Beteiligten auf besondere Geheimhaltung oder auf den Zugang zu einer speziellen, persönlich gebundenen Expertise bedacht sind, können sie die Vertretung in der Geschäftsordnung des Ausschusses ausschließen.

4. Gewerkschaftsvertreter als Dritte im vorläufigen Gläubigerausschuss

Die Vorgabe des § 67 Abs. 2 S. 2 InsO, dem Interimsausschuss solle ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören, lässt vermuten, der Gesetzgeber habe besonders die Belange der Belegschaft berücksichtigen wollen. Es lag dem Gesetzgeber offenbar daran, die Position der Arbeitnehmer in einer Phase zu stärken, die entscheidend für den Fortbestand oder das Ende des Unternehmens ist.⁷⁵³ Mit dem ESUG wurde der vorläufige Gläubigerausschuss in § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO verankert und dabei § 67 Abs. 2 InsO mit dem oben bereits ausgebreiteten Besetzungsschlüssel für anwendbar erklärt. In § 67 Abs. 2 S. 2 InsO entfiel durch die Gesetzesänderung die Einschränkung der Insolvenzordnung von 1994, die Arbeitnehmer sollten nur dann im Ausschuss vertreten sein, wenn sie als Insolvenzgläubiger mit nicht unerheblichen Forderungen beteiligt wären. Ein Verweis des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO auf § 67 Abs. 3 InsO, und damit auf die Öffnung des Ausschusses gegenüber Nichtgläubigern, fehlt. Im Regierungsentwurf war er hingegen noch enthalten.⁷⁵⁴ Zugleich

⁷⁵³ BT-Drs. 12/2443, S. 95 ff.

⁷⁵⁴ BT-Drs. 17/5712, S. 7.

heißt es im Entwurf, die Beteiligung von Vertretern der Arbeitnehmer habe sich angesichts ihrer oft vertieften Kenntnis des Unternehmens als sinnvoll erwiesen.⁷⁵⁵ Wie aber nun sollen die Belange der Arbeitnehmer wirksam vertreten werden, wenn sich keine Person findet, die den nötigen Sachverstand und Überblick über die Unternehmensangelegenheiten in sich eint? In solchen Fällen liegt es nahe, einen Gewerkschaftsvertreter in den Ausschuss einzusetzen, der einen Bezug zu dem jeweiligen Betrieb hat.⁷⁵⁶ Gerade einer solchen Bestellung steht jedoch der fehlende Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO im Wege, weil es sich bei dem Gewerkschafter um einen Nichtgläubiger handelt, dem der Zugang zum Ausschuss bis zur Verfahrenseröffnung offenbar verschlossen bleiben soll. Die Literatur behilft sich auf unterschiedliche Art, um die Einsetzung eines Gewerkschaftsvertreters dennoch zu ermöglichen. Freilich ließe sich einwenden, die Arbeitnehmer könnten einfach einen beliebigen Vertreter aus ihren Reihen entsenden und dieser wiederum erteilt einem Gewerkschaftsvertreter Vollmacht zu Teilnahme an den Ausschusssitzungen.⁷⁵⁷ Dies ist durch das oben entwickelte Vertretungsmodell problemlos umsetzbar. Jedoch ermöglicht diese Lösung zum einen dann keine Arbeitnehmervertretung, wenn die Arbeitnehmer durch ihren Anspruch auf Insolvenzgeld keine Gläubiger mehr sind, § 169 S. 1 SGB III. Zum anderen kann die Stellvertretung im Gläubigerausschuss durch Geschäftsordnung über den Kopf des Arbeitnehmers hinweg ausgeschlossen werden, sodass die übrigen Ausschussmitglieder letztlich die Arbeitnehmerbeteiligung in der Hand hielten. Daher ist der Umgang mit § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO entscheidend für die Beteiligung der Belegschaft im vorläufigen Ausschuss.

Im Folgenden werden die sich stark ähnelnden Standpunkte zum Umgang mit der Arbeitnehmerbeteiligung im Gläubigerausschuss zusammengefasst. Darauf aufbauend wird gezeigt, dass es sich bei § 67 Abs. 2 S. 2 InsO nicht um einen Bestandteil der Gläubigerautonomie handelt, sodass der fehlende Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO für Gewerkschaftsvertreter keine negative Wirkung entfaltet.

a) Meinungsstand

Nachdem vereinzelt die Norm des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO und der fehlende Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO bei ihrer Einführung durch das ESUG so gedeutet wurde, dass nun die Arbeitnehmer wohl oder übel einen Vertreter aus ihren eigenen Reihen finden müssten,⁷⁵⁸ wurden bald die Stimmen laut, die den damit einhergehenden Ausschluss von Gewerkschaftsvertretern – und damit meist eine professionelle Vertretung der Arbeitnehmerbelange – kritisierten. So versuchte *Frind*, über eine Auslegung des § 67 Abs. 2 S. 2 InsO vor dem Hintergrund der Änderungen des

⁷⁵⁵ BT-Drs. 17/5712, S. 27.

⁷⁵⁶ *Frind*, BB 2013, 265, 268; *Kolbe*, NZI 2015, 400, 403.

⁷⁵⁷ Darauf verweisen als „Notlösung“: *Smid*, ZInsO 2012, 757, 769; *Wroblewski*, AuR 2012, 188.

⁷⁵⁸ *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2250 f.

ESUG die Arbeitnehmervertretung als entscheidenden Normzweck anzusehen, sodass es für die Bestellung eines Arbeitnehmervertreters gar nicht auf dessen Gläubigerstellung ankomme.⁷⁵⁹ Er schloss sich dabei *Wroblewski* an, der sich für die Einsetzung eines Gewerkschaftsvertreters als kündigung Arbeitnehmerrepräsentant aussprach.⁷⁶⁰ Ebenso wie *Obermüller*⁷⁶¹, schließt auch *Wroblewski*, dass solche Gewerkschaftsvertreter in den Ausschuss eingesetzt werden können, deren Gewerkschaften in den jeweiligen Betrieben vertreten sind. Diese hätten typischerweise Kenntnisse von den Betriebsangelegenheiten.⁷⁶²

Beth auf der anderen Seite beharrt darauf, der fehlende Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO brächte den Ausschluss aller Nichtgläubiger aus dem Ausschuss mit sich.⁷⁶³

Smid schließlich hält § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO einer korrigierenden teleologischen Auslegung für zugänglich.⁷⁶⁴ Der Ausschluss Betriebsfremder durch den fehlenden Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO wirke „antigewerkschaftlich“.⁷⁶⁵ Die wortlautgetreue Anwendung des § 21 InsO führe zu einem grundrechtswidrigen Eingriff in den durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tätigkeitsbereich der Gewerkschaften.⁷⁶⁶ Daher müsse die Norm ergänzend ausgelegt werden und für Gewerkschaftsvertreter entgegen ihres Wortlauts auch auf § 67 Abs. 3 InsO verweisen.

Wroblewski bekräftigte 2014 erneut⁷⁶⁷ seinen Standpunkt, § 67 Abs. 2 S. 2 InsO sei eine Spezialnorm für die Arbeitnehmerbeteiligung, bei der es seit der Änderung durch das ESUG gerade nicht mehr auf die Gläubigerstellung des Ausschussmitglieds ankomme.⁷⁶⁸ § 67 Abs. 3 InsO entfalte daher bezüglich der Arbeitnehmerbeteiligung keine Wirkung. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt auch *Kolbe*.⁷⁶⁹ In Anlehnung an *Smid*, widerspricht nun *Hoffmann* dieser Auffassung mit Verweis auf die Gesetzesmaterialien. Dort sei nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber auch einen forderungslosen Arbeitnehmervertreter in den Ausschuss einsetzen wolle, sondern nur „unabhängig von der Höhe ihrer Forderungen“.^{770, 771} Diese Formulierung macht nach Ansicht *Hoffmanns* das Bestehen einer Forderung beim Vertreter der Arbeit-

⁷⁵⁹ Insofern gegen seine frühere Stellungnahme: *Frind*, BB 2013, 265, 268.

⁷⁶⁰ *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 190.

⁷⁶¹ *Obermüller*, ZInsO 2012, 18, 22.

⁷⁶² *Obermüller*, ZInsO 2012, 18, 22; *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 190; *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109, 2115; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 67 Rn. 19.

⁷⁶³ *Beth*, ZInsO 2012, 1974, 1976.

⁷⁶⁴ *Smid*, ZInsO 2016, 1277; *Smid*, ZInsO 2012, 757, 760 f.

⁷⁶⁵ *Smid*, ZInsO 2012, 757, 762.

⁷⁶⁶ *Smid*, ZInsO 2012, 757, 768.

⁷⁶⁷ Zuvor bereits *Wroblewski*, AuR 2012, 188.

⁷⁶⁸ *Wroblewski*, ZInsO 2014, 115, 116 f.

⁷⁶⁹ *Kolbe*, NZI 2015, 400, 403 f.

⁷⁷⁰ So zu lesen bei: BT-Drs. 17/5712, S. 23.

⁷⁷¹ *Hoffmann*, Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz, S. 97 ff.

nehmer nicht obsolet. Sie spricht sich daher ebenfalls für eine korrigierende Auslegung des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO aus.

Allgemein Einigkeit besteht einzig bei der Überlegung, Gewerkschaften seien jedenfalls zulässige Vertreter der Belegschaft. Dies wird entweder darauf gestützt, Gewerkschaften seien „geborene“ Vertreter der Arbeitnehmer im Sinne des § 67 Abs. 2 S. 2 InsO,⁷⁷² oder § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO verweise für den Fall der Gewerkschaften in verfassungskonformer Auslegung anhand Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG auch auf § 67 Abs. 3 InsO.⁷⁷³

*b) Stellungnahme zum Verhältnis von § 67 Abs. 2 S. 1 InsO
zu § 67 Abs. 2 S. 2 InsO*

Die Überlegung, einen Gewerkschaftsvertreter aufgrund korrigierender Auslegung des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO über eine Anwendung des § 67 Abs. 3 InsO zuzulassen, beruht auf dem verfassungsrechtlichen Schutz der gewerkschaftlichen Vertretung aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Diese Korrektur ist zweifelhaft.⁷⁷⁴ Bereits für die Gläubiger wurde hier eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Beteiligung im Insolvenzverfahren abgelehnt.⁷⁷⁵ Die Arbeitnehmer, die in den meisten Fällen nicht am Verteilungsverfahren in der Insolvenz teilhaben und insofern sogar verfahrensfremd sind, dürften dann erst recht nicht verfassungsrechtlich verbürgt am Verfahren beteiligt werden. Die Frage kann jedoch offen bleiben, wenn man in Betracht zieht, dass ein Arbeitnehmervertreter möglicherweise gar nicht in den Anwendungsbereich des § 67 Abs. 3 InsO fällt. Es steht offensichtlich dem Wortlaut des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO entgegen, einen Verweis auf die Beteiligung von Nichtgläubigern anzunehmen.⁷⁷⁶ Der Wortlaut allein ist hier allerdings nicht die Grenze der Auslegung⁷⁷⁷ und es kann nicht geleugnet werden, dass die Einsetzung von Gewerkschaftsvertretern im vorläufigen Ausschuss ein Desiderat ist, dessen Missachtung tatsächlich verfassungswidrig sein könnte. *Wroblewski* besticht insofern durch eine scharfe und doch einfache Lösung, allein anhand des § 67 InsO die Einsetzung von Gewerkschaftsvertretern im vorläufigen Ausschuss zu klären, sodass die Auslegung von § 21 InsO keiner Mühe bedarf.⁷⁷⁸

Ihm zufolge wurde durch das ESUG die Anforderung an eine bestimmte Forderungshöhe deshalb fallengelassen, weil es überhaupt nicht auf die Gläubiger-

⁷⁷² *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 190; im Ergebnis ebenso: *Obermüller*, ZInsO 2012, 18, 22.

⁷⁷³ *Haarmeyer*, ZInsO 2012, 2109, 2115; ausführlich auch: *Hoffmann*, Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz, S. 111 ff.; *Smid*, ZInsO 2012, 757, 762 ff.

⁷⁷⁴ So auch *Kolbe*, NZI 2015, 400, 404.

⁷⁷⁵ Siehe oben, S. 78 ff.

⁷⁷⁶ Dies einräumend: *Hoffmann*, Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz, S. 97.

⁷⁷⁷ *Hoffmann*, Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz, S. 97; *Smid*, ZInsO 2012, 757, 760.

⁷⁷⁸ *Wroblewski*, AuR 2012, 188, passim.

stellung der Arbeitnehmer habe ankommen sollen.⁷⁷⁹ Dem setzte *Hoffmann* entgegen, die Materialien ließen vielmehr darauf schließen, dass es dem Gesetzgeber lediglich nicht mehr um die Höhe der Forderung gegangen sei.⁷⁸⁰ Sie stimmt mit *Smid*⁷⁸¹ darin überein, dass allein § 67 Abs. 3 InsO Dritten Zugang zum Gläubigerausschuss gewähren sollte und diese Norm im vorläufigen Ausschuss gerade nicht anwendbar ist. In der Folge bejaht *Hoffmann* einen Grundrechtseingriff in Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG durch den fehlenden Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO und lehnt eine Rechtfertigung ab. Durch den Ausschluss der Gewerkschaften werde es erschwert, den legitimen Zweck der effizienten Insolvenzverwaltung und ihre Überwachung durch den Ausschuss zu erreichen. Daher sei § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO korrigierend auszulegen.⁷⁸² Auf Grundlage einer verfassungsgemäßen Auslegung einen Verweis auf § 67 Abs. 3 InsO für notwendig zu erachten, gründet auf der Annahme, § 67 Abs. 2 InsO alleine könne die Beteiligung von Gewerkschaftsvertretern noch nicht leisten. Dieses Urteil ist zu überdenken.

§ 67 InsO regelt die Einsetzung des Interimsausschusses. Er entspricht dem § 87 Abs. 1 KO, der auch die Bestellung Dritter zuließ, sofern sie Vertreter der Gläubiger waren. Mit Einführung der Insolvenzordnung legte der Gesetzgeber mehrere Soll-Mitglieder des Interimsausschusses fest. Neben die in § 87 Abs. 1 KO einzig genannten Gläubiger traten nun die Arbeitnehmer, sofern sie eine nicht unerhebliche Forderung gegen den Schuldner hielten. Ziel dabei war es, die „Gläubigerrechte der Arbeitnehmer“ auf die Belange des Insolvenzverfahrens abzustimmen.⁷⁸³ Der Gläubigerstatus war demnach noch gewichtiger Grund für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Insolvenzverfahren. Bei isolierter Betrachtung des § 67 InsO fällt jedoch auf, dass das Soll-Mitglied als Vertreter für die Arbeitnehmer ein gesondertes Instrument der Arbeitnehmerbeteiligung sein muss: selbst ohne Satz 2 wäre den Arbeitnehmern auch mit unerheblichen Forderungen der Weg in den Gläubigerausschuss eröffnet gewesen. Die Gläubigerstellung per se war somit schon in den Anfängen der InsO nicht das ausschlaggebende Kriterium für die Beteiligungsvorschrift in Satz 2. Die Maßgabe der nicht unerheblichen Forderung war vielmehr als Schwelle für das Teilnahmeprivileg konzipiert und nicht mehr Ausdruck der Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren.⁷⁸⁴ Die Teilnahme der Arbeitnehmer an den Gläubigerausschüssen erwies sich als durchweg sinnvoll.⁷⁸⁵ Sie tritt an die Stelle der Aufsichtsratsmitbestimmung, die im Insolvenzverfahren faktisch entwertet wird.⁷⁸⁶ Dass die Schwelle mit dem ESUG weggefallen ist, unterstreicht daher die

⁷⁷⁹ *Wroblewski*, AuR 2012, 188; *Wroblewski*, ZInsO 2014, 115, 117.

⁷⁸⁰ Vgl. Fn. 770.

⁷⁸¹ *Smid*, ZInsO 2012, 757, passim.

⁷⁸² *Hoffmann*, Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz, S. 110 ff.

⁷⁸³ BT-Drs. 12/2443, S. 96.

⁷⁸⁴ Kolbe spricht von einer „mitbestimmungsrechtlichen Qualifikation“ der Arbeitnehmerbeteiligung, *Kolbe*, NZI 2015, 400, 402.

⁷⁸⁵ BT-Drs. 17/5712, S. 27.

⁷⁸⁶ *Kolbe*, NZI 2015, 400, 401.

Bedeutung der Arbeitnehmerbeteiligung im Insolvenzverfahren⁷⁸⁷ unabhängig *jeder* Gläubigerstellung. Würde man dies anders sehen, erschlosse sich nicht, warum die Arbeitnehmer erneut neben die bereits in Satz 1 genannten Gläubigergruppen treten sollten. Hier hat der Gesetzgeber erkannt, dass die Arbeitnehmer infolge der Antragsstellung auf Insolvenzgeld oftmals keine Gläubiger mehr sind, vgl. § 169 S. 1 SGB III. Ein Vertreter der Arbeitnehmer im Sinne des § 67 Abs. 2 S. 2 InsO ist somit, wie auch schon vor dem ESUG, eben gerade Vertreter *der Arbeitnehmer* und kein spezieller Gläubigervertreter. Die Wirkung des § 67 Abs. 2 InsO ist somit bei § 67 Abs. 2 S. 1 InsO eine konstitutive, bei § 67 Abs. 2 S. 2 InsO eine rein deklaratorische.

Mit dem Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen⁷⁸⁸ wurde diese Linie 2017 fortgeführt. § 269c InsO bestimmt, dass jeder vorläufige oder endgültige Gläubigerausschuss mit nicht offensichtlich untergeordneter Bedeutung⁷⁸⁹ ein Mitglied in einem Gruppen-Gläubigerausschuss stellt.⁷⁹⁰ Der Rechtsausschuss ergänzte hier, ein weiteres Mitglied sei aus dem Kreise der Arbeitnehmervertreter zu bestimmen, § 269c Abs. 1 S. 3 InsO. Damit wird erneut eine spezielle Arbeitnehmerbeteiligung neben die ohnehin existente Beteiligungsmöglichkeit der Belegschaft über § 269c Abs. 1 S. 2 InsO gestellt.⁷⁹¹

Freilich ließe sich nun einwenden, dass vor der Insolvenzeröffnung ein Forderungsübergang nach § 169 S. 1 SGB III noch nicht stattgefunden hat und somit die Arbeitnehmer in der Phase des vorläufigen Gläubigerausschusses in jedem Fall Gläubiger sind, womit die soeben dargelegte Einschätzung hinfällig wäre. Das ist jedoch zu kurz gegriffen: Anders als die Personengruppen in § 67 Abs. 2 S. 1 InsO müssen die Arbeitnehmer auch dann nicht zwingend Gläubiger des Schuldners sein. Insbesondere der Insolvenzgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit lässt die Möglichkeit offen, dass alle Verbindlichkeiten gegenüber den Arbeitnehmern getilgt sind, sodass zwischen Antragsstellung und Verfahrenseröffnung die Arbeitnehmer keine Gläubigerstellung einnehmen. Die Soll-Vorschrift des § 67 Abs. 2 S. 2 InsO entfällt dadurch nicht. Die fehlende Gläubigerstellung des Arbeitnehmervertreters ist somit systemisch im Beteiligungsprivileg vorausgesetzt.

In den Gesetzesmaterialien ist zudem bezüglich des Pensions-Sicherungs-Vereins zu lesen, dass auch dieser in den vorläufigen Gläubigerausschuss eingesetzt werden könne, obwohl seine Gläubigerstellung erst mit Eintritt des Sicherungsfalls – regelmäßig bei Verfahrenseröffnung – eintrete.⁷⁹² Der Gesetzesentwurf sagt dazu im Zusammenhang des vorläufigen Gläubigerausschusses: „Auch bislang ist es nicht

⁷⁸⁷ Ebenso: *Kolbe*, NZI 2015, 400, 402.

⁷⁸⁸ BGBl. I 2017 Nr. 22 21.04.2017, S. 866 ff.

⁷⁸⁹ Wann untergeordnete Bedeutung festgestellt werden muss, ist in § 3a Abs. 1 S. 2 InsO (ab 21.4.2018) negativ legaldefiniert.

⁷⁹⁰ Näher zu den Besonderheiten des Gruppen-Gläubigerausschusses unten, S. 172 ff.

⁷⁹¹ Dies betont auch der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung, BT Drs. 18/11436, S. 25.

⁷⁹² BT-Drs. 17/5712, S. 24.

erforderlich, dass ein Mitglied des Gläubigerausschusses selbst Gläubiger ist.“ Dabei tritt ein Grundverständnis des Gesetzgebers zutage, das den Dritten vom vorläufigen Gläubigerausschuss nicht gänzlich ausschließen möchte. Die Aussage, der Gesetzgeber habe „Betriebsfremde“ vom Gläubigerausschuss fernhalten wollen,⁷⁹³ ist somit in zweifacher Hinsicht bedenklich. Neben der soeben dargelegten Öffnung gegenüber bestimmten Dritten, ist auch nicht ausgeschlossen, dass Insolvenzgläubiger dem Betrieb „fremd“ sind, dass sie also weniger Kenntnis von Vorgängen innerhalb des Unternehmens haben als Gewerkschaftsvertreter.⁷⁹⁴ Der Gewerkschaftsvertreter ist somit richtigerweise bereits auf Grundlage des § 67 Abs. 2 S. 2 InsO zulässiges Mitglied des vorläufigen Gläubigerausschusses.

c) Zwischenergebnis

Seit ihrer Einführung als Soll-Mitglieder durch die Insolvenzordnung, nehmen Arbeitnehmer eine Sonderrolle im Gläubigerausschuss ein. Ihre Beteiligung ist nicht Teil der Gläubigerautonomie, sondern ermöglicht die Mitbestimmung im Insolvenzverfahren, bei dem die Mitbestimmung über den Aufsichtsrat nicht mehr funktionsfähig ist. Während bis zum ESUG diese Sonderrolle noch hinter der Schwelle der nicht unerheblichen Forderung lag, erwies sich die Arbeitnehmerbeteiligung als durchweg sinnvoll und wurde 2012 dann zur bedingungslosen Soll-Vorschrift. Die besondere Stellung der Arbeitnehmerbeteiligung in § 67 Abs. 2 InsO änderte sich dadurch in keiner Weise. Es war zu jeder Zeit systematisch vorausgesetzt, dass Arbeitnehmervertreter auch Nichtgläubiger sein konnten, sodass § 67 Abs. 3 InsO nur in Bezug auf die Vertreter der in § 67 Abs. 2 S. 1 InsO genannten Gläubigergruppen konstitutive Wirkung hatte.

Dass nun Gewerkschaftsvertreter auch taugliche Vertreter der Arbeitnehmer sind, ist unbestritten. Ihre Teilnahme am vorläufigen Gläubigerausschuss ist jedoch bereits durch den Verweis des § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO auf § 67 Abs. 2 InsO ermöglicht. Eine korrigierende verfassungskonforme Erweiterung des § 21 InsO ist somit nicht notwendig. Die konkrete Auswahl des Gewerkschaftsvertreters trifft das Insolvenzgericht nach eigenem Ermessen.⁷⁹⁵

C. Die Ausübung des Amtes

Die Aufgaben des Gläubigerausschusses wurden seit Einführung der Konkursordnung 1877 immer deutlicher umrissen. Während in der ersten Lesung der

⁷⁹³ *Smid*, ZInsO 2012, 757, 761; *Kolbe*, NZI 2015, 400, 403.

⁷⁹⁴ Dass Gewerkschaftsvertreter oft eine engere Bindung zum Betrieb haben als mancher Gläubiger, ist auch dargelegt bei: *Hoffmann*, Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz, S. 97 ff.

⁷⁹⁵ *Kolbe*, NZI 2015, 400, 402.

Kommission zur Erarbeitung einer Konkursordnung noch darüber gestritten wurde, ob der Ausschuss eine rein „kontrollierende Tätigkeit“ habe oder aber eine wirkliche Mitarbeit des Ausschusses vorgesehen sei,⁷⁹⁶ hat sich nun ein langer Katalog von Aufgaben entwickelt, der Rechte und Pflichten des Ausschusses bei Kontrolle und Beratung des Insolvenzverwalters umfasst. Wie gezeigt ist die Selbstverwaltung der Gläubiger kein verfassungsrechtlich begründetes subjektives Recht, doch können Gläubigerausschüsse in Großverfahren geeignete Instrumente sein, um das Verfahren zu erleichtern und zu beschleunigen. Im Folgenden werden ausgewählte Rechte des Ausschusses, die dieser Funktion gerecht werden können, dargestellt und entwickelt. Dabei sind einige Rechte als Reflexe bestimmter Pflichten ausgestaltet. Der Fokus liegt hier jedoch auf der Berechtigung der Gläubiger als Kern der Gläubigerautonomie.

I. Ausgewählte Rechte der Gläubigerausschussmitglieder

Die Rechte des Gläubigerausschusses als Organ des Insolvenzverfahrens waren oft und umfänglich Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen. Hier sei insbesondere auf die Arbeiten von *Hegmanns*⁷⁹⁷ und *Bruyn*⁷⁹⁸ sowie das Handbuch von *Pape/Gundlach/Vortmann*⁷⁹⁹ hingewiesen, die den Aktionsradius des vorläufigen und des endgültigen Gläubigerausschusses abgesteckt haben. Einzelne Rechte des Gläubigerausschusses haben jedoch eine besondere Relevanz für die Funktionsfähigkeit des Ausschusses als Instrument der Gläubigerautonomie. Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten, Auskunfts- und Antragsrechte eröffnen dem Ausschuss Anknüpfungspunkte, um aktiv in den Verfahrensgang einzugreifen, das Informationsdefizit zulasten der Gläubiger zu verringern und die ordnungsgemäße Arbeit des Insolvenzverwalters sicherzustellen. Dadurch wird zum einen die gläubigerautonome Entscheidung der Gläubigerversammlung für die Einsetzung eines Ausschusses gerechtfertigt, zum anderen werden aber auch weitere gläubigerautonome Handlungen der Gläubigerversammlung erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht. Nachdem oben bereits die besonderen Rechte der Gläubigerorgane cursorisch dargestellt worden sind, werden nun im Folgenden einzelne Rechte des Gläubigerausschusses herausgestellt und auf ihr Potenzial als gläubigerautonome Instrumente untersucht.

⁷⁹⁶ *Hahn* (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 568 f.

⁷⁹⁷ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, Kommunikationsforum, Köln, 1986.

⁷⁹⁸ *Bruyn*, Gläubigerausschuss, RWS Verlag Kommunikationsforum, Köln, 2015.

⁷⁹⁹ *Pape/Gundlach/Vortmann* (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, passim.

1. Verwalterbestellung

„Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses“, stellte *Jaeger* bereits 1936 fest.⁸⁰⁰ Diese Schicksalsfrage über den vorläufigen⁸⁰¹ Insolvenzverwalter wurde mit Einführung des ESUG zu großen Teilen den Gläubigervertretern im vorläufigen Gläubigerausschuss überlassen.⁸⁰² Aus der Richterschaft ist sogar zu hören, der Richterberuf habe durch den Gläubigereinfluss bei der Verwalterauswahl das verloren, was „wirklich Spaß macht“.⁸⁰³ Bereits im Antragsverfahren wird den Gläubigern gem. § 56a InsO durch ein Anhörungsrecht die Möglichkeit eröffnet, sich zur Person des Verwalters vor dessen Bestellung zu äußern. Das Mitwirkungsrecht steht unter der Bedingung, dass die zusätzliche Verzögerung keine negativen Auswirkungen auf die Vermögenslage des Schuldners hat, § 56a Abs. 1 HS. 2 InsO. Das Ermessen des Gerichts wird durch die Äußerung des Ausschusses jedoch nur dann verengt, wenn der Vorschlag – abweichend von der sonstigen Beschlussfassung⁸⁰⁴ – auf einem einstimmigen Beschluss beruht, § 56a Abs. 2 S. 1 InsO. Fraglich ist jedoch, ob ein konkreter Personenvorschlag auch der Definition des entsprechenden Anforderungsprofils bedarf.⁸⁰⁵ Dafür wird angeführt, § 56a Abs. 2 S. 2 InsO beziehe sich auf den Anforderungsbegriff in Abs. 1, sodass der Vorschlag einer konkreten Person anhand des mitgereichten Anforderungsprofils durch das Gericht zu überprüfen sei.⁸⁰⁶ Andernfalls bestehe die Gefahr, dass Ausschüsse konkrete Personenvorschläge machten, ohne dabei ein gefestigtes Bild der Qualitäten zu haben, die der Insolvenzverwalter vorweisen sollte.⁸⁰⁷ Es genüge nicht, wenn auf Rückfragen des Gerichts mitgeteilt werde, die vorgeschlagene Person sei „sanierungsorientiert“ oder habe „langjährige Erfahrung“.⁸⁰⁸ Absprachen innerhalb des Gläubigerkreises könnten insolvenzzweckwidrige Hintergründe haben.⁸⁰⁹ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Benennung einer konkreten Person lässt sich nicht lösen von bestimmten Kriterien, die zu dieser Person hinführen. Der besondere Vertrauensbeweis, der in dem einstimmigen Beschluss der Gläubigerausschussmitglieder gesehen

⁸⁰⁰ *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1936 § 78 Anm. 7.

⁸⁰¹ Vgl. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 InsO, der auf § 56a InsO verweist.

⁸⁰² Vgl. *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, §§ 56, 56a Rn. 20.

⁸⁰³ *Reuter*, INDat Report 2011, Nr. 3, Editorial.

⁸⁰⁴ Vgl. § 72 InsO i.V.m. § 21a Abs. 2 Nr. 1a InsO; näher zur Beschlussfassung unten, S. 165 ff.

⁸⁰⁵ Vgl. *Bruhn*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 342; dafür: *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2257.

⁸⁰⁶ *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2257.

⁸⁰⁷ *Frind*, NZI 2012, 650, 651.

⁸⁰⁸ *Frind*, NZI 2012, 650, 651; *Antholz*, ZInsO 2012, 1189, 1190; es handele sich um „wertlose Leerformeln“: *Graeber*, in: MüKo InsO, § 56a Rn. 30.

⁸⁰⁹ *Frind*, NZI 2012, 650, 651; diesen Gedanken hat auch der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung aufgegriffen: „Allgemein sieht der Ausschuss die Notwendigkeit, bei einem vom vorläufigen Gläubigerausschuss vorgeschlagenem Insolvenzverwalter besonders eingehend dessen Unabhängigkeit zu prüfen.“, BT-Drs. 17/7511, S. 35.

werden kann, verlangt dabei jedoch nach keiner zusätzlichen Begründung, um die Einsetzung allein der vorgeschlagenen Person als Verwalter zu rechtfertigen. Im Gegenteil wird sogar diskutiert, ob die Kriterien des Anforderungsprofils überhaupt derart verengt sein dürfen, dass nur eine Person in Betracht kommt.⁸¹⁰ Dem widerspreche, dass dadurch das Einstimmigkeitserfordernis des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO unterwandert würde.⁸¹¹ Das wiederum ist ein übervorsichtiger Umgang mit § 56a Abs. 2 InsO. Ist ein Anforderungsprofil mit einem bloßen Mehrheitsbeschluss vom Gläubigerausschuss verabschiedet worden, muss dies das Gericht der Verwalterauswahl lediglich „zugrunde legen“. Das gilt auch dann, wenn nur eine Person nach den Vorgaben in Betracht kommt. Es ist dem Gericht somit nicht verwehrt, von den Vorgaben des Anforderungsprofils abzuweichen, solange sie als Ausgangspunkt der Verwalterauswahl genutzt werden. Die denkbare Entscheidung gegen die eine – einzig vollständig – anforderungskonforme Person kann das Gericht schlicht mit dem Hinweis fällen, für diese Person sei ein einstimmiger Beschluss notwendig gewesen und die nun bestellte Person entspreche dem Vorschlag in wesentlichen Kriterien. In solchen Fällen ein neues, abstrakteres Anforderungsprofil zu verlangen,⁸¹² könnte insbesondere dann zu unnötigen Verzögerungen führen, wenn sich der Ausschuss bei der Erarbeitung der Kriterien schlicht nicht bewusst war, dass nach diesen Vorgaben nur eine Person in Betracht kommt. Die erneute Befragung könnte sogar wegen drohender Vermögensnachteile nach § 56a Abs. 1 InsO untunlich sein.

Der Ausschuss hat somit stets ein Anforderungsprofil vorzulegen, anhand dessen auch der Vorschlag eines konkreten Verwalters zu messen ist.

Der Gläubigerausschuss ist darüber hinaus berechtigt, eine Mehrzahl von Personen vorzuschlagen, aus denen das Gericht die aus seiner Sicht geeignetste auswählt.⁸¹³ Dass § 56a Abs. 2 S. 1 InsO von der „vorgeschlagenen Person“ spricht, steht dem nicht entgegen, weil sich die Formulierung nur auf den Fall bezieht, dass kein geeigneter Vorschlag gemacht wurde und sie nicht die Art des Vorschlags selbst festlegt. Auch hier gilt, dass mehrere konkrete Personenvorschläge nur dann für das Gericht im Sinne des § 56a Abs. 2 S. 1 InsO bindend sind, wenn sie auf einstimmigem Beschluss beruhen. In allen andern Fällen ist ein Vorschlag mehrerer Personen als reines Anforderungsprofil zu betrachten.

2. Abwahlbefugnis

Das Anhörungsrecht wird nach § 56a Abs. 3 InsO flankiert durch ein Abwahlrecht, wenn das Gericht dem Ausschuss nicht die Stellungnahme zur Person des

⁸¹⁰ Dagegen: *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, §§ 56, 56a Rn. 22; *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 56a Rn. 10; *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 56a Rn. 11.

⁸¹¹ So *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, §§ 56, 56a Rn. 22.

⁸¹² So *Hölzle*, Praxisleitfaden ESUG, §§ 56, 56a Rn. 22.

⁸¹³ So auch: *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2257; *Bruhn*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 343.

Verwalters ermöglicht hat. Die Vorschrift wurde erstmals in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses mit der Sorge aufgenommen, die Gerichte seien dazu verleitet, stets besondere Dringlichkeit der Verwalterbestellung anzunehmen und dadurch das Beteiligungsrecht der Gläubiger zu unterminieren.⁸¹⁴ Um die fehlende personelle Legitimation des vorläufigen Ausschusses auszugleichen,⁸¹⁵ wird bei der abändernden Wahl anstelle der Kopf- und Forderungssummenmehrheit aus § 57 S. 2 InsO in § 56a Abs. 3 InsO die Einstimmigkeit verlangt.

Die Vorschrift wird sehr kritisch reflektiert. Zum einen sei der Zeitraum zwischen Bestellung des vorläufigen Verwalters und Berichtstermin in der Regel überschaubar⁸¹⁶ – tatsächlich ist die Wahl eines anderen Verwalters in dieser kurzen Periode vor dem Berichtstermin eine zusätzliche Unsicherheitskomponente im Verfahren. Zum anderen könne der missverständliche § 56a Abs. 3 InsO so gedeutet werden, dass auch ein endgültiger Verwalter durch den Ausschuss ersetzt oder eingesetzt werden kann.⁸¹⁷ Das war jedoch nicht Ziel der Norm.⁸¹⁸

Die Abwahlbefugnis ist anschauliches Zeugnis für das indifferente Verhältnis des Gesetzgebers zu dem selbstaufgelegten „Prinzip der Gläubigerautonomie“. In den meisten Fällen ist vor der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters noch kein Gläubigerausschuss eingesetzt worden,⁸¹⁹ sodass § 56a Abs. 1 InsO schon keine Anwendung finden kann.⁸²⁰ Selbst wenn ein Ausschuss entgegen seines Rechts nicht angehört worden ist, wird er kaum von der Option Gebrauch machen, einen anderen Verwalter zu wählen: Zum einen ist die Bestellungspraxis der Insolvenzgerichte lange erprobt, zum anderen kann ein personeller Wechsel in der kritischen Anfangsphase des Verfahrens einen erheblichen Vermögensnachteil bedeuten, der den Ausschuss schadensersatzpflichtig machen kann. Anders als die gerichtliche Bestellung steht die Neuwahl durch den Ausschuss nämlich nicht unter der Bedingung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit (§ 56 Abs. 1 a.E. InsO). Kern der Abwahlbefugnis des vorläufigen Gläubigerausschusses in der Praxis ist damit vor allem das Signal an die Gläubiger, dass ihnen ein weiteres Beteiligungsinstrument an die Hand gegeben wird. Ob dieses Instrument auch tatsächlich genutzt wird, ist dabei zweitrangig. Die Sorge des Rechtsausschusses, die Gerichte könnten die Beteiligung der Gläubiger absichtlich umgehen, erscheint zwar berechtigt, jedoch nicht durch § 56a Abs. 3 InsO behebbar. Sollte es eine solche Tendenz geben, steht es den Richtern offen, dem

⁸¹⁴ Vgl. *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 56a Rn. 14; BT-Drs. 17/751, S. 34 f.

⁸¹⁵ BT-Drs. 17/751, S. 35.

⁸¹⁶ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 56a Rn. 18.

⁸¹⁷ *Frind*, in: HamKo InsO, § 56a Rn. 30.

⁸¹⁸ Vgl. BT-Drs. 17/751, S. 35.

⁸¹⁹ Vom „Regelfall“ sprechend: *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 192; die Schwellenwerte des § 22a Abs. 1 werden bei nur etwa 6 % der Verfahren erreicht.

⁸²⁰ *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 192; *Frind*, in: HamKo InsO, § 56a Rn. 29; *Frind*, ZInsO 2011, 2249, 2258.

Abwahlrecht zum Trotz den vorläufigen Insolvenzverwalter vor einem möglichen vorläufigen Gläubigerausschuss einzusetzen.

3. Auskunftsrechte

Eine Kernaufgabe des Gläubigerausschusses ist die Milderung des Informationsdefizits zulasten der Gläubiger im Insolvenzverfahren.⁸²¹ Dieses Informationsdefizit besteht zum einen gegenüber dem Insolvenzverwalter als betriebsnäherem Exekutivorgan, zum anderen gegenüber dem Schuldner. Das Ungleichgewicht im Verhältnis zum Schuldner hat bei der überwiegenden Anzahl der Verbindlichkeiten – nämlich denen aus Vertrag – überhaupt erst in die Gläubigerstellung hineingeführt. Die Insolvenzordnung sieht dementsprechend Auskunftsrechte sowohl gegenüber dem Insolvenzverwalter als auch gegenüber dem Schuldner vor.

a) Auskunftsrechte gegenüber dem Insolvenzverwalter

§ 69 InsO benennt die Überwachungspflicht der Mitglieder des Gläubigerausschusses gegenüber der Insolvenzverwaltung. Einzelne Bestandteile der Überwachung werden in § 69 S. 2 InsO typisiert: Die Ausschussmitglieder haben sich über den Gang der Geschäfte zu unterrichten, die Bücher und Geschäftspapiere einzusehen und schließlich den Geldverkehr und -bestand zu prüfen. Als Reflex dieser Pflichten haben daher der gesamte Gläubigerausschuss und seine einzelnen Mitglieder ein Recht auf individuelle Information durch den Insolvenzverwalter.⁸²² Jedes Ausschussmitglied ist danach berechtigt, Auskünfte über den Gang des Verfahrens und die Geschäftsführung vom Insolvenzverwalter zu verlangen.⁸²³ Diese Auskunftsrechte sind zu unterscheiden von wechselseitigen Berichtspflichten des Insolvenzverwalters, die auf eine kollektive Information der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses abstellen.⁸²⁴ Diese Berichtspflichten des Verwalters können sich zu einem Recht des Ausschusses auf Vorlage eines Zwischenabschlusses verdichten, wenn das Verfahren etwa von besonderer Dauer ist und der Verwalter dabei seine Berichtspflichten derart vernachlässigt hat, dass ein Interesse der Ausschussmitglieder besteht, ihre haftungsrechtliche Verantwortlichkeit zu klären.⁸²⁵

Das Recht zur Einsichtnahme in die Bücher und Geschäftspapiere umfasst in jedem Fall die Durchsicht an dem Ort, an dem sich die Unterlagen befinden.⁸²⁶ Der

⁸²¹ Ähnlich: *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 102 f.

⁸²² *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 69 Rn. 14.

⁸²³ *Gerhardt*, in: *Jaeger GK InsO*, § 69 Rn. 15; *Bruhn*, in: *Steinwachs/Vallender/Cranshaw* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 368.

⁸²⁴ Dazu: *Sponagel*, *DZWIR* 2011, 270, 271; *Heese*, Gläubigerinformation, S. 277 ff.

⁸²⁵ So LG Frankfurt im Beschluss v. 17.02.1977 – 2/9 T 172/77, KTS 1977, 193 f.; zustimmend: *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 69 Rn. 24.

⁸²⁶ BGH im Beschluss v. 29.11.2007 – IX ZB 231/06, ZIP 2008, 124, 125.

BGH betont, eine Herausgabe oder Übersendung der Unterlagen sei vom Begriff der Einsichtnahme nicht umfasst, solange nicht eine sinnvolle Erfüllung der Pflichten nur durch Übersendung möglich ist.⁸²⁷ Dem kann nicht in jeder Hinsicht zugestimmt werden. Die Einsichtnahme vor Ort ist dann eine unbillige Erschwerung der Ausschussarbeit, wenn die Unterlagen als elektronisch verarbeitete Daten zugänglich sind. In diesem Fall muss den Ausschussmitgliedern in derselben Weise Zugang zu den Daten verschafft werden, wie ihn auch der Insolvenzverwalter genießt. Das umfasst den Zugang zu einem Datenraum, aber auch die elektronische Übermittlung einzelner Dateien, wenn der Verwalter seinerseits auf sie zugreifen kann. Der Ausschuss kann allerdings nicht die Digitalisierung von Unterlagen verlangen. Nur wenn die Unterlagen durch den Insolvenzverwalter oder dessen Büro zum Zwecke der Verwaltung digitalisiert werden, ist auch den Mitgliedern des Gläubigerausschusses Zugang zu diesen Daten zu gewähren. Jedoch muss der Insolvenzverwalter das erhöhte Datenmissbrauchsrisiko durch die Datenmobilität berücksichtigen, wenn die Gläubiger ihr Auskunftsrecht ihm gegenüber geltend machen. Unter Umständen kann er die Auskunft verweigern.

Eine solche Verweigerung ist nur dann möglich, wenn für den Verwalter erkennbar wird, dass die Informationen zur Verfolgung von Partikularinteressen verlangt werden.⁸²⁸ Das im Gläubigerausschuss ohnehin omnipräsente Risiko der Informationsnutzung im eigenen Interesse genügt alleine noch nicht.⁸²⁹ Darüber hinaus kann der Insolvenzverwalter einem Mitglied des Gläubigerausschusses die Informationen nicht mit dem Einwand vorenthalten, der Ausschuss habe eine bestimmte Person zur Wahrnehmung der Überwachungspflichten ausgewählt. Teilweise wird zwar betont, dass die zusätzliche Belastung des Insolvenzverwalters mit einer weiteren Kassenprüfung unnötige Kosten verursache und deswegen grundsätzlich nicht möglich sei.⁸³⁰ Etwas anderes gelte nur, wenn es berechnete Zweifel an der ordnungsgemäßen Kassenprüfung gebe.⁸³¹ Eine solche Beschränkung ist dem § 69 InsO aber nicht zu entnehmen. Auch wenn einzelne Aufgaben delegiert wurden, müssen die übrigen Ausschussmitglieder weiterhin ihre Auskunftsrechte geltend machen können. Die Haftung als Kern der persönlichen Amtswahrnehmung kann den Ausschussmitgliedern nicht in der Weise auferlegt werden, dass ihnen keine umfangreichen absichernden Kontrollmöglichkeiten zur Verfügung stehen, wenn sie sich einer Hilfsperson bedienen.⁸³² Das Risiko einer unnötigen Kontrolle ist dabei

⁸²⁷ BGH im Beschluss v. 29. 11. 2007 – IX ZB 231/06, ZIP 2008, 124, 125.

⁸²⁸ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 69 Rn. 26; *Uhlenbruck*, BB 1976, 1198, 1199 f.; *Bruhn*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 376.

⁸²⁹ *Uhlenbruck*, BB 1976, 1198, 1201; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 102; *Bruhn*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 376.

⁸³⁰ *Ampferl/Kilper*, ZIP 2015, 553.

⁸³¹ *Ampferl/Kilper*, ZIP 2015, 553; *Schnieders/Göb/Boddenberg*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 48.

⁸³² I.E. ebenso: *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 725; dies folgt bereits aus dem Überwachungsverschulden,

sehr gering, denn sie bedeutet für das Ausschussmitglied in gleichem Maße unnötige Kosten.

b) Auskunftsrechte gegenüber dem Schuldner

Während den Schuldner nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO gegenüber der Gläubigerversammlung nur auf Anordnung des Gerichts Auskunftspflichten treffen, kann der Gläubigerausschuss stets Informationen über die Verhältnisse des Schuldners von ihm verlangen.⁸³³ Das Auskunftsrecht umfasst alle Vorgänge, die in irgendeinem Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stehen.⁸³⁴ Dazu zählen auch solche Umstände, die Ursachen der Insolvenz bilden oder die eine Insolvenzanfechtung begründen können.⁸³⁵ Es wird zudem festgestellt, der Schuldner habe auch solche Informationen zu offenbaren, nach denen nicht ausdrücklich gefragt worden sei.⁸³⁶ Er könne sogar dazu verpflichtet sein, genaue Nachforschungen anzustellen.⁸³⁷ Dem kann nur mit Vorbehalt zugestimmt werden. Die Auskunftspflicht kann sich nur auf solche Informationen beziehen, die vom Schuldner nach seinen Möglichkeiten als der Anfrage zugehörig erkannt werden können. Es kann vom Schuldner nicht verlangt werden, dass er aus den verschiedenen Parametern eigene (rechtliche) Schlüsse zieht und diese mit dem notwendigen informationellen Unterbau dem Ausschuss zur Verfügung stellt. Es genügt daher nicht, wenn der Ausschuss nach „Gründen für die Insolvenz“ oder „anfechtungsberechtigenden Umständen“ fragt. Die Deutungshoheit, welche Informationen als notwendig angesehen werden, haben allein die Verfahrensorgane.

In einem jüngeren Beitrag, der sich mit den oben erwähnten Vorschlägen der US-amerikanischen ABI Commission zu einem *Valuation Information Package* (VIP) auseinandersetzt,⁸³⁸ konstatieren *Siemon/Harder*, die Insolvenzordnung sichere die Informationsrechte der Gläubiger nicht ausreichend ab. „Gläubigerautonomie kann nur dann funktionieren, wenn die Fakten für alle Gläubiger und nicht nur für die Mitglieder des Gläubigerausschusses auf dem Tisch liegen.“⁸³⁹ Die Erweiterung der Auskunftsrechte zugunsten der Gläubigerversammlung oder einzelner Gläubiger, etwa durch ein VIP, kann jedoch nicht unterstützt werden. Die Funktionsfähigkeit der

BGH im Urteil v. 09. 10. 2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 331. Siehe näher zur Haftung unten S. 167 ff.

⁸³³ Vgl. *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 97 Rn. 4.

⁸³⁴ *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 97 Rn. 7; *Stephan*, in: MüKo InsO, § 97 Rn. 14a; *Schilken*, in: Jaeger GK InsO, § 97 Rn. 17.

⁸³⁵ So in BGH im Beschluss v. 16. 12. 2004 – IX ZB 72/03, ZInsO 2005, 207; *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 97 Rn. 7; *Stephan*, in: MüKo InsO, § 97 Rn. 14a.

⁸³⁶ AG Duisburg im Beschluss v. 12. 06. 2008 – 62 IN 298/07, NZI 2008, 697, 698; *Dahl*, NJW-Spezial 2011, 405.

⁸³⁷ BGH im Beschluss v. 19. 01. 2006 – IX ZB 14/03, ZInsO 2006, 264, 265.

⁸³⁸ Siehe S. 62.

⁸³⁹ *Siemon/Harder*, NZI 2016, 434, 438.

Gläubigerautonomie ist bereits keine taugliche Maxime, weil Gläubigerautonomie ihrerseits erst durch den Umfang der Informationsrechte und die korrespondierenden Einflussmöglichkeiten definiert wird. Soweit *Siemon/Harder* dabei auf das Eigenverwaltungsverfahren abstellen,⁸⁴⁰ ist eine Beschränkung des Kreises der Informationsberechtigten nach aktuellem Zuschnitt nicht nur angemessen, sondern zum Schutze der Geheimnisse des laufenden Schuldnerbetriebs sogar notwendig. Die alleinige Information des Gläubigerausschusses entspricht dabei auch den Verfahrensvorgaben des § 270 Abs. 3 S. 1 InsO und des § 276 InsO, nach denen der vorläufige Gläubigerausschuss über die Eröffnung eines Eigenverwaltungsverfahrens anzuhören ist und der Schuldner bei bedeutsamen Rechtshandlungen die Zustimmung des Ausschusses einzuholen hat. Ein pauschal geschnürtes VIP ist daher abzulehnen. Wenn die Gläubiger zusätzliche Informationen als Grundlage für eine privatautonome Änderung des Schuldverhältnisses wünschen, wird es im Interesse des Schuldners liegen, diesem Verlangen nachzukommen. Dies kann insbesondere in einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren sinnvoll sein. Ohne einen konkreten Anlass, ergibt sich aber kein gesteigertes Informationsbedürfnis allein aus einem Prinzip der Gläubigerautonomie.

4. Zustimmungsmrechte

Die Insolvenzordnung stärkt die Wächterposition des Gläubigerausschusses durch einzelne Zustimmungsmrechte. Dazu zählen Unterhaltszahlungen an den Schuldner (§ 100 Abs. 2 S. 1 InsO), Hinterlegung und Anlage von Wertgegenständen (§ 149 Abs. 1 S. 1 InsO), Nichtaufstellung eines Masseverzeichnisses (§ 151 Abs. 3 S. 2 InsO), Betriebsstilllegung vor dem Berichtstermin (§ 158 Abs. 1 InsO), Verteilung der Masse (§ 187 Abs. 3 InsO), Abschlagsverteilungsquote (§ 195 Abs. 1 S. 1 InsO), Zurückweisung des Insolvenzplans (§ 231 Abs. 2 InsO) und die Zustimmung zum Antrag auf Fortsetzung des Insolvenzverfahrens (§ 233 S. 2 InsO). Hervorzuheben ist jedoch das Zustimmungsmrecht zu bedeutsamen Rechtshandlungen aus § 160 Abs. 1 S. 1 InsO. Die Norm gilt nach verbreiteter Ansicht auch im vorläufigen Verfahren, obwohl § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO nicht auf § 160 InsO verweist.⁸⁴¹ Die Primärkompetenz zur Zustimmung ist hier dem Gläubigerausschuss zugewiesen.⁸⁴² Die Befragung des Gremiums dient der Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens.⁸⁴³ Der Begriff „bedeutsame Rechtshandlungen“ ist weit zu fassen und beinhaltet alle willentlichen Handlungen, die rechtliche Wirkung entfalten sollen.⁸⁴⁴

⁸⁴⁰ *Siemon/Harder*, NZI 2016, 434, 438.

⁸⁴¹ *Decker*, in: HamKo InsO, § 160 Rn. 12. *Frind*, ZIP 2012, 1380, 1384; *Pape/Schultz*, ZIP 2016, 506, 509; *Schnieders/Göb/Boddenberg*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 77.

⁸⁴² Vgl. *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 160 Rn. 2; Ausnahmen sind die Veräußerung an besonders Interessierte, § 162 InsO, und die Betriebsveräußerung unter Wert, § 163 Abs. 1 InsO.

⁸⁴³ *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 160 Rn. 2.

⁸⁴⁴ *Görg/Jansen*, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 5.

Für Realakte hier als einzige Spezialnorm den § 158 InsO heranzuziehen,⁸⁴⁵ risse eine Lücke auf, in die all jenes tatsächliche Handeln verschwände, das zwar nicht in einer Betriebsstilllegung besteht, sich aber auf die Insolvenzmasse auswirkt.⁸⁴⁶ Daher sind auch Realakte als Rechtshandlung im Sinne des § 160 InsO aufzufassen.⁸⁴⁷

In der Praxis bereitet die Feststellung, welche Handlungen konkret als bedeutende Rechtshandlungen zu bewerten sind, teilweise Schwierigkeiten.⁸⁴⁸ Mitunter können sogar die als Bestimmungshilfe angelegten Beispiele des § 160 Abs. 2 InsO das Verfahren unnötig dadurch belasten, dass eine Handlung formal zwar darunter fällt, für die Insolvenzmasse aber gar keine Bedeutung hat.⁸⁴⁹ Hier helfen keine starren Wertgrenzen.⁸⁵⁰ Dem Gläubigerausschuss ist vielmehr zu raten, selbst einen Schwellenwert festzulegen, der dem Verfahren gerecht wird und gleichzeitig eine Freigabe für Handlungen mit darunter liegender Bedeutung enthält. Ist aus Sicht des Ausschusses eine gesonderte Zustimmung grundsätzlich nicht notwendig, kann er auch eine jederzeit widerrufliche allgemeine Zustimmung erteilen.⁸⁵¹ Zwar wird das dadurch verringerte Kontrollniveau⁸⁵² nicht durch die Widerruflichkeit der Zustimmung ausgeglichen,⁸⁵³ weil der Ausschuss in der Regel ohne eigens einberufene Sitzung erst nach ihrer Durchführung von der Handlung erfährt. Da sich die Ausschussmitglieder aber mit einer generellen Zustimmung in dasselbe Haftungsrisiko begeben wie der Verwalter, wird eine solche Zustimmung nur in ausgewählten Einzelfällen zu beobachten sein, sodass die geringere Kontrolldichte unschädlich ist. Die Erfahrung zeigt zudem, dass die haftungsrelevanten Teile der Ausschussarbeit in der Kassenprüfung liegen, die durch eine antizipierte Zustimmung in keiner Weise berührt wird.

§ 160 InsO beinhaltet kein Weisungsrecht,⁸⁵⁴ sodass die Wirkung des Zustimmungsrechts vollständig auf das Innenverhältnis beschränkt ist, vgl. § 164 InsO. Das

⁸⁴⁵ So *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 160 Rn. 6; *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 160 Rn. 14.

⁸⁴⁶ Vgl. *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 160 Rn. 9a.

⁸⁴⁷ So auch *Sch nieders/Göb/Boddenberg*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 78; *Görg/Jansen*, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 6; *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 160 Rn. 9a.

⁸⁴⁸ Vgl. *Sch nieders/Göb/Boddenberg*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 81.

⁸⁴⁹ Dazu: *Wischemeyer*, ZInsO 2016, 2460.

⁸⁵⁰ Vgl. *Pape*, NZI 2006, 65, 68; *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 160 Rn. 1; *Görg/Janssen*, in: MüKo InsO, 3 160 Rn. 8.

⁸⁵¹ *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 160 Rn. 8; *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 160 Rn. 15; a.A. *Decker*, in: HamKo InsO, § 160 Rn. 4; *Görg/Janssen*, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 31; generelle Zustimmungen „empfehlen sich nicht“: *Zipperer*, in: Uhlenbruck InsO, § 160 Rn. 8.

⁸⁵² *Balthasar*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 160 Rn. 18.

⁸⁵³ So *Webel*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 160 Rn. 8.

⁸⁵⁴ *Boddenberg/Göb*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 85; grundsätzlich steht dem Gläubigerausschuss kein Weisungsrecht zu: *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 69 Rn. 10; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 69 Rn. 11; *Metoja*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 555.

Handeln des Verwalters in Einklang mit den Gläubigerorganen bedeutet für ihn lediglich eine pflichtgemäße Amtsausübung *prima facie*⁸⁵⁵ und entfaltet damit insbesondere haftungsrechtliche Bedeutung.⁸⁵⁶ § 160 InsO wird daher übergewichtet, wenn man feststellt, Zweck der Norm sei „es, die Gläubigerautonomie während der gesamten Verfahrensabwicklung zu gewährleisten.“⁸⁵⁷ Sie stellt jedoch einen weiteren Kontrollmechanismus zur Verfügung, der die pflichtgemäße Amtsausübung des Verwalters zu fördern vermag.

Der Grundsatz der Wirksamkeit gegenüber Dritten wird nach ganz herrschender Ansicht nur dann durchbrochen, wenn der Verwalter offensichtlich insolvenzzweckwidrig handelt und dies für den Dritten erkennbar ist.⁸⁵⁸ Darüber hinaus fordert Steinwachs⁸⁵⁹ unter Zustimmung Frinds⁸⁶⁰, den § 164 InsO vollständig abzuschaffen, weil die Haftung des Verwalters allein noch kein ausreichendes Sanktionsmittel darstelle. Ein solcher Schritt beseitige auch die Rechtsunsicherheit, die bei Evidenz des Pflichtverstoßes aufkomme.⁸⁶¹ Dem ist nicht zuzustimmen. Im Gegenteil führt § 164 InsO sogar zu einer Beseitigung der Rechtsunsicherheiten, denen ein Dritter in all jenen Fällen ausgesetzt wäre, in denen ein zügiges und schnell wirksames Verwalterhandeln notwendig ist. Die häufigsten Pflichtwidrigkeiten der Insolvenzverwaltung bergen eine derartige kriminelle Energie, dass eine drittwirksame Zustimmungsverweigerung bereits den falschen Anknüpfungspunkt für eine effektivere Kontrolle darstellt. Damit wiegen die Unsicherheiten für den Geschäftspartner so schwer, dass an § 164 InsO festzuhalten ist.

5. Vergütung

Die Mitglieder eines Gläubigerausschusses haben gem. § 73 InsO Anspruch auf Vergütung ihrer Tätigkeit und die Erstattung angemessener Auslagen. § 17 Abs. 1 S. 1 InsVV bestimmt dazu einen regelmäßigen Stundensatz zwischen 35 und 95 Euro

⁸⁵⁵ Boddenberg/Göb, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, E Rn. 84; Frind, ZIP 2012, 1380, 1381.

⁸⁵⁶ Görg/Jansen, in: MüKo InsO, § 160 Rn. 29; Vortmann, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 390; der Insolvenzverwalter wird jedoch nicht grundsätzlich von der Haftung freigestellt, vgl. Gundlach/Frenzel/Jahn, ZInsO 2007, 363.

⁸⁵⁷ Balthasar, in: Nerlich/Römermann InsO, § 160 Rn. 3.

⁸⁵⁸ Weber, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 164 Rn. 2; Balthasar, in: Nerlich/Römermann InsO, § 164 Rn. 5 f.; Görg/Janssen, in: MüKo InsO, § 164 Rn. 6; BGH im Urteil v. 25.04.2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353, 354.

⁸⁵⁹ Steinwachs, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 287.

⁸⁶⁰ Frind, ZIP 2012, 1380, 1383, der in der Abschaffung des § 164 eine Stärkung des Gläubigerausschusses sieht.

⁸⁶¹ Steinwachs, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 287.

pro Stunde.⁸⁶² Entgegen der Bezeichnung ist die Zahlung mehr als Entschädigung für den Zeitaufwand denn als Honorierung der Leistung zu sehen.⁸⁶³ Dieser Entschädigung steht in § 71 InsO ein erhebliches Haftungsrisiko gegenüber, das in einigen Fällen nicht versichert werden kann.⁸⁶⁴ Die Haftung der Ausschussmitglieder, die im weiteren Verlauf der Arbeit noch näher beleuchtet wird, ist ein gewichtiger Hemmschuh für die Besetzung der Ausschüsse. Mit Vergütungssätzen, die in vielen Fällen hinter dem gewöhnlichen Stundenlohn der Ausschussmitglieder zurückbleiben, ist es in den vergangenen Jahren immer schwieriger geworden, qualifiziertes Personal für die Ausschussbesetzung zu finden.⁸⁶⁵ Die geringe Vergütung gesellt sich im vorläufigen Gläubigerausschuss zu dem Problem, dass im frühen Antragsstadium noch nicht alle Gläubiger bekannt und erreichbar sind.⁸⁶⁶ Sie wird daher verschiedentlich als gewichtiger Grund für die „Trockenlegung“ der Ausschüsse gesehen.⁸⁶⁷ Dies kann zum einen die suffiziente Kontrolle der Insolvenzverwaltung erschweren, zum anderen kann es aber auch einen Einflussverlust der Gläubiger auf den Verfahrensablauf bedeuten und damit letztlich die gesetzlich eingeräumte Gläubigerautonomie konterkarieren. Eine ausreichende Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses ist damit ein Instrument, um Gläubigerautonomie im Gläubigerausschuss wirksam nutzen zu können.

Dieses Instrument liegt nach bisherigem Zuschnitt nicht in den Händen der Gläubiger: Das Gericht setzt die Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses fest, § 73 Abs. 2 InsO i.V.m. § 64 InsO bzw. für den vorläufigen Gläubigerausschuss §§ 21 Abs. 2 Nr. 1a, 73 Abs. 2 i.V.m. § 64 InsO. Die Vorgaben des § 17 InsVV sind dabei keineswegs zwingend. Besonders qualifizierte Ausschussmitglieder – unabhängig von ihrer Gläubigerstellung – können marktüblich vergütet werden.⁸⁶⁸ Dennoch entfalten die Richtwerte einen Ankereffekt.⁸⁶⁹ Daher hat der Gesetzgeber, wenn auch an der Wirksamkeit zweifelnd, bereits 2007 zur Unterstützung der Ausschussprofessionalisierung eine Erhöhung der Regelsätze auf bis zu 190 Euro

⁸⁶² Das LG Stuttgart hatte 1952 einen Stundensatz von 10 DM für angemessen gehalten, vgl. *Stein*, KTS 1957, 109, 111. Das entspricht heute einer Kaufkraft von etwa 25 Euro, siehe dazu: [inflationsrechner.list-of.info](https://www.inflationsrechner.de/list-of-info).

⁸⁶³ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 73 Rn. 1.

⁸⁶⁴ Siehe etwa den beschriebenen Fall oben, S. 114; vgl. zudem *Mock*, ZInsO 2015, 873, 874.

⁸⁶⁵ *Mock*, ZInsO 2015, 873, 874; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 67 Rn. 5a.

⁸⁶⁶ Vgl. *Neubert*, GmbHHR 2012, 439, 442.

⁸⁶⁷ *Blersch*, ZIP 2015, 1451; *Mock*, ZInsO 2015, 873; *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 122, 126.

⁸⁶⁸ Vgl. AG Braunschweig im Beschluss v. 21.06.2005 – 273 IN 211/99, ZInsO, 2005870 (bis 200 Euro); AG Detmold im Beschluss v. 06.03.2008 – 10 IN 214/07, NZI, 2008505 (bis 300 Euro).

⁸⁶⁹ Nach *Zimmer* wird in der Praxis regelmäßig ein Stundensatz von 95 Euro veranschlagt: *Zimmer*, ZIP 2013, 1309, 1311 f. Zum Prinzip der Verankerung bei Einschätzung numerischer Größen, dem sog. Ankereffekt: *Bröder/Hilbig*, in: *Müsseler/Rieger* (Hrsg.), *Allgemeine Psychologie*, S. 635 f.

geplant.⁸⁷⁰ Dabei bemerkt der Gesetzentwurf, dass noch wesentlich höhere Honorare im Beratungsmarkt erzielbar seien.⁸⁷¹ Auch in der Literatur werden die Vorgaben des § 17 InsVV als zu niedrig erachtet.⁸⁷² In diesem Sinne erscheint es vorteilhaft, die Regelsätze völlig zu streichen und eine Generalklausel an die persönlichen Fähigkeiten und die entsprechende marktübliche Vergütung zu knüpfen. Auf diese Weise erhöht sich die Chance, dass hochqualifiziertes Personal für den Ausschuss gewonnen werden kann und dabei die Vergütung gleich geeigneter Vertreter der Arbeitnehmer oder des Fiskus nicht erheblich hinter der Vergütung externer Berater zurückbleibt. Die Vergütung nach bisherigem Zuschnitt ist Ausdruck des Verständnisses der Ausschüsse: Für die freiwillig dienende, geradezu ehrenamtliche Funktion der Ausschussmitglieder soll kein finanzieller Anreiz gesetzt werden, der möglicherweise sogar einen veritablen Neben- oder Hauptverdienst ermöglicht.⁸⁷³ Dass sich, gelockt von höherer Vergütung, *Jaegers Konkursyhäne*⁸⁷⁴ wieder aus dem Dickicht wagt, ist aber durch die Vorgaben des § 67 Abs. 2 InsO unwahrscheinlich und letztlich durch das Auswahlmessen des Insolvenzgerichts leicht zu unterbinden.

Eine Pauschalvergütung der Ausschussmitglieder kann dann die vorzugswürdige Lösung sein, wenn eine stundenabhängige Abrechnung nicht durchführbar ist.⁸⁷⁵ Ob sich das Gericht zudem schon bei Bestellung der Ausschussmitglieder für einen Stundensatz – ob individuell oder allgemein – entscheiden kann, ist unklar. Es ist jedoch anerkannt, dass ein Vorschuss vom Gericht festgelegt werden kann.⁸⁷⁶ *A maiore ad minus* muss es für die Ausschussmitglieder daher möglich sein, schon vor Beendigung des Verfahrens sich eines bestimmten Stundensatzes sicher zu sein. Diese Festlegung ist schon in der Bestellung des Ausschussmitglieds denkbar, sodass der bestellten Person offensteht, die Bestellung nicht anzunehmen.

⁸⁷⁰ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung fiel der Parlamentsdiskontinuität zum Opfer: BT-Drs. 16/7251, S. 7, 18.

⁸⁷¹ BT-Drs. 16/7251, S. 18.

⁸⁷² Prasser, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 17 InsVV Rn. 8; Zimmer, ZIP 2013, 1309, 1312 ff.

⁸⁷³ Vgl. Weiß, in: Nerlich/Römermann InsO, § 73 Rn. 2.

⁸⁷⁴ Siehe S. 44 ff.; auch in den Materialien zur Konkursordnung wurde die Sorge artikuliert, „daß, wenn die Vergütung ausdrücklich verlangt werden müsse, sich keine anständigen Geschäftsmänner, sondern nur solche Leute finden würden, welche die Sache gewerbsmäßig betrieben.“, Hahn (Hrsg.), Materialien zur Konkursordnung, S. 568.

⁸⁷⁵ BGH im Beschluss v. 08.10.2009 – IX ZB 11/08, ZInsO 2009, 2165; a.A. (mit „missratenem“ Sachverhalt und „missratener“ Vergütungsfestsetzung, so Zimmer, ZIP 2013, 1309, 1317) LG Aurich im Beschluss v. 06.03.2013 – 4 T 204/10, ZInsO 2013, 631.

⁸⁷⁶ Prasser, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 73 Rn. 19; Stephan, in: MüKo InsO, § 17 InsVV Rn. 29; LG Aachen im Beschluss v. 20.07.1992 – 3 T 265/91, ZIP 1993, 137; AG Ansbach im Beschluss v. 12.12.1989 – N 36/88, ZIP 1990, 249.

II. Pflichten der Gläubigerausschussmitglieder

Die Pflichten des Gläubigerausschusses und seiner Mitglieder sind nur so weit Bestandteile der Gläubigerautonomie, wie sie die Entscheidung der Gläubigerversammlung für den Fortbestand eines vorläufigen Ausschusses oder die Neueinsetzung effektivieren. Das heißt, dass die Zwecksetzung und -verfolgung durch die Gläubiger im Hauptorgan⁸⁷⁷ des Insolvenzverfahrens bereits mit der Einsetzung des endgültigen Ausschusses abgeschlossen ist. Mit der Annahme ihrer Bestellung stimmen die Ausschussmitglieder einem gesetzlich vorab festgelegten Pflichtenprogramm zu. Diese Idee, dass die Gläubigerautonomie mit Bestellung des endgültigen Ausschusses bereits abschließend genutzt ist, fügt sich in die ganz herrschende Ansicht, dass das gesetzliche Pflichtenprogramm des Ausschusses durch die Gläubigerversammlung selbst nicht mehr verändert werden kann.⁸⁷⁸

Zentrale Norm für die Pflichten der Gläubigerausschussmitglieder ist § 69 InsO, der eine Unterstützungs- und eine Überwachungspflicht vorsieht. Die Überwachungspflicht wird in § 69 S. 2 InsO durch die Pflicht zur Prüfung von Geldverkehr und -bestand konkretisiert. Durch diese Unterstützung und Überwachung wird die pflichtgemäße Arbeit des Insolvenzverwalters sichergestellt.⁸⁷⁹ Die in § 69 InsO geregelten Pflichten gelten als die wichtigsten Aufgaben, die der Ausschuss wahrzunehmen hat.⁸⁸⁰ Eine „bis ins Detail differenzierte“⁸⁸¹ Rechtsprechung hat hier eine deutliche Kontur gezeichnet. In der Praxis werden die Ausschussmitglieder in der Regel durch die Gerichte mittels Merkblätter über ihre Pflichten aufgeklärt.⁸⁸² Für die Gläubigerautonomie im Sinne einer besonderen Gläubigerberechtigung haben die Pflichten nur durch die bereits behandelten Reflexrechte Bedeutung. Daher genügt hier ein Hinweis auf die einschlägige Handbuch- und Kommentarliteratur.⁸⁸³

⁸⁷⁷ Statt vieler: *Jungmann*, in: K. Schmidt InsO, § 74 Rn. 1.

⁸⁷⁸ *Gundlach/Frenzel/Jahn*, ZInsO 2009, 1095, 1099; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, DZWIR 2008, 441, passim; schon *Jaeger*: „Der Gläubigerausschuss hat *nur* diejenigen Befugnisse und Obliegenheiten, die ihm das Gesetz unmittelbar oder mittelbar zuerkennt.“ (Hervorhebung original), *Jaeger*, Konkursordnung, Band 2, 1911, § 88 Anm. 1; damit eng verknüpft ist die Disponibilität der Haftung, dazu unten S. 167.

⁸⁷⁹ BGH im Urteil v. 09. 10. 2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 330 f.

⁸⁸⁰ So *Vortmann*, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 380; funktional mag dies stimmen, doch nimmt die Beratungs- und bloße Informationsarbeit deutlich mehr Zeit in Anspruch.

⁸⁸¹ *Metoja*, in: Steinwachs/Vallender/Cranshaw (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Rn. 515.

⁸⁸² Vgl. *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 3; *Stein*, KTS 1957, 109.

⁸⁸³ Instruktiv: *Göb* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, C. H. Beck, 2016; *Steinwachs/Vallender/Cranshaw* (Hrsg.), Gläubigerausschuss, Finanz Colloquium Heidelberg, 2014; *Kübler/Prütting/Bork* (Hrsg.), Kommentar zu Insolvenzordnung, Köln, 72. Erg.L., 2017.

Eine gläubigerautonomie Erweiterung der Pflichten des Gläubigerausschusses ist nicht möglich. Wie bereits beschrieben, ist der Gläubigerausschuss nach zutreffender Ansicht nicht den Weisungen der Gläubigerversammlung unterworfen.⁸⁸⁴

III. Beschlussfassung

Gemäß § 72 InsO ist ein Beschluss des Gläubigerausschusses gültig, wenn die Mehrheit der Ausschussmitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt und der Beschluss als Mehrheitsentscheidung nach Köpfen getroffen wurde. Der Gesetzgeber hat sich dabei abweichend von der Beschlussfassung in der Gläubigerversammlung gegen das Erfordernis der bloßen Summenmehrheit entschieden.⁸⁸⁵ Dies entspricht in zweifacher Hinsicht dem Zweck des Gläubigerausschusses. Zum einen wird einer Verdrängung von Arbeitnehmern und Kleingläubigern entgegengewirkt.⁸⁸⁶ Zum anderen wäre die Feststellung der Forderungssummen der jeweils vertretenen Gläubigergruppen kaum durchführbar, gleichzeitig aber auch zweckwidrig, weil die Mitglieder des Gläubigerausschusses gerade die Interessen der Gläubigergesamtheit zu verfolgen haben.

Ein Einstimmigkeitserfordernis besteht ausnahmsweise beim Vorschlagsrecht aus § 56a Abs. 2 S. 1 InsO und dem Abwahlrecht aus § 56a Abs. 3 InsO. Wie beschrieben, ist die Bestellung eines Insolvenzverwalters eine entscheidende Weiche für den Verlauf des Verfahrens. Die kollegiale Zusammenarbeit von Ausschuss und Verwalter, aber auch innerhalb des Ausschusses, stünde unter schlechten Vorzeichen, wenn gegen die Meinung einzelner Ausschussmitglieder eine Direktive an das Gericht gegeben würde.

§ 72 InsO behandelt nicht den Ausschluss einzelner Ausschussmitglieder von Abstimmungen oder Sitzungen aufgrund besonderer Interessenkollisionen oder Befangenheit. Hierzu haben sich schon unter Geltung der Konkursordnung Grundsätze entwickelt, deren Fortgeltung angesichts einer fehlenden Stellungnahme des Gesetzgebers auch unter der Insolvenzordnung anzunehmen ist.⁸⁸⁷ Demnach darf das Ausschussmitglied nicht Richter in eigener Sache sein.⁸⁸⁸ Ausgeschlossen ist das Ausschussmitglied von Beschlüssen über Rechtsgeschäfte mit sich, über Klageer-

⁸⁸⁴ Siehe oben, S. 117; konkret zur Erweiterung der Pflichten: *Gundlach/Frenzel/Jahn*, DZWIR 2008, 441; zur korrespondierenden Pflichtenreduktion zwecks Haftungsfreistellung unten S. 167.

⁸⁸⁵ Dies ist schon der Tatsache geschuldet, dass auch Nichtgläubiger am Gläubigerausschuss teilnehmen können: *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 72 Rn. 1; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 72 Rn. 1; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 72 Rn. 3.

⁸⁸⁶ *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 72 Rn. 1; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 72 Rn. 3.

⁸⁸⁷ Vgl. *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 72 Rn. 7; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 72 Rn. 11; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 72 Rn. 14 ff.

⁸⁸⁸ *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1210.

hebungen gegen es oder über Anträge auf seine Entlassung aus dem Ausschuss.⁸⁸⁹ Es genügt somit nicht, dass der Entscheidungsgegenstand die Belange des Ausschussmitglieds in irgendeiner Weise berührt.⁸⁹⁰ Notwendig ist vielmehr eine über das normale Gläubiger- oder Arbeitnehmerinteresse hinausgehende Beteiligung an dem Ergebnis des zur Abstimmung gestellten Beschlusses.⁸⁹¹ Dies gilt nach überwiegender Meinung auch nur für das Ausschussmitglied, jedoch nicht für seine Angehörigen.⁸⁹²

Ein nicht stimmberechtigtes Mitglied ist bei der Ermittlung der notwendigen Mehrheit nicht zu berücksichtigen.⁸⁹³ Stimmt es entgegen seines Ausschlusses doch ab, ist seine Stimme nicht zu zählen.⁸⁹⁴ Das Beschlussergebnis ist jedoch wirksam, wenn sich seine Stimme nicht ausgewirkt hat.⁸⁹⁵

Maßgeblich aus Sicht einer gläubigerautonen Verfahrensabwicklung ist die Hoheit des Gläubigerausschusses über die Entscheidung, ob im Einzelfall eine Interessenkollision oder Befangenheit des Ausschussmitglieds vorliegt.⁸⁹⁶ Verschweigt ein möglicherweise befangenes Ausschussmitglied relevante Informationen, kann dies eine haftungsbewährte Pflichtverletzung darstellen, wenn den Gläubigern daraus ein Schaden entsteht.⁸⁹⁷ Die Entscheidung des Ausschusses über seine Beschlussfähigkeit bindet den Insolvenzverwalter aus haftungsrechtlicher Sicht.⁸⁹⁸ Er kann jedoch die Unwirksamkeit gerichtlich feststellen lassen.⁸⁹⁹ Eine „Absegnung“

⁸⁸⁹ BGH im Urteil v. 22.01.1985, ZIP 1985, 423, 425; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 119; *Gundlach/Schmidt*, ZInsO 2008, 604; *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1210.

⁸⁹⁰ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork* InsO, § 72 Rn. 7; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 118; *Kumpan*, Interessenkonflikt, S. 225.

⁸⁹¹ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork* InsO, § 72 Rn. 7; *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 72 Rn. 11; *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 118.

⁸⁹² *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 120; BGH im Urteil v. 22.01.1985, ZIP 1985, 423, 425; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork* InsO, § 72 Rn. 8; a.A. *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1210; *Trams*, NJW-Spezial 2009, 181, die alle auch nahestehende Personen i.S.d. § 138 InsO erfassen wollen.

⁸⁹³ *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1210; *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 72 Rn. 8 f.; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo* InsO, § 72 Rn. 20.

⁸⁹⁴ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork* InsO, § 72 Rn. 10a; *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 72 Rn. 14.

⁸⁹⁵ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork* InsO, § 72 Rn. 10a; *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 72 Rn. 14.

⁸⁹⁶ *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 72 Rn. 14; *Uhlenbruck*, ZIP 2002, 1373, 1377; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2005, 974, 976.

⁸⁹⁷ *Knof*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 72 Rn. 14.

⁸⁹⁸ Zur Bedeutung der Entscheidungen des Ausschusses für den Insolvenzverwalter: *Zipperer*, in: *Uhlenbruck* InsO, § 164 Rn. 1.

⁸⁹⁹ *Uhlenbruck*, ZIP 2002, 1373, 1377; dies berührt jedoch nicht die Wirksamkeit des Beschlusses im Innenverhältnis, weil der Gläubigerausschuss nicht der Kontrolle des Gerichts unterliegt. Die Feststellung einer haftungsrelevanten Tatsache – hier die Unwirksamkeit eines Beschlusses des Gläubigerausschusses – kann jedoch Drittwirkung gegenüber den Gläubigern

durch die Gläubigerversammlung ist hingegen nicht möglich.⁹⁰⁰ Der Gläubigerausschuss ist von der Gläubigerversammlung vollständig unabhängig.⁹⁰¹ Sollte es dem Insolvenzverwalter darum gehen, sich von der Haftung freustellen zu lassen, so kommt in der zusätzlichen Befragung der Gläubigerversammlung lediglich ein konkludenter individualvertraglicher Haftungsausschluss mit deren abstimmenden Teilnehmern in Betracht.⁹⁰² Ein pauschaler Haftungsausschluss durch die Gläubigerversammlung ist nach herrschender Meinung unzulässig.⁹⁰³ Eine über die Haftungserleichterung des Insolvenzverwalters hinausgehende Wirkung hat eine Entscheidung der Gläubigerversammlung dabei nicht. Hier verdeutlicht sich die unabhängige Position des Gläubigerausschusses, die allerdings nur durch die fehlende Verbindlichkeit seiner Beschlüsse im Außenverhältnis ermöglicht werden kann.

D. Die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses

Dass Gläubigerschutz und Gläubigerautonomie zwar eine Schnittmenge zeigen, jedoch nicht deckungsgleich sind, wurde eingangs erläutert.⁹⁰⁴ Einen wichtigen Teil dieser Schnittmenge füllt die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses. Dabei erschließt sich die gläubigerschützende Dimension ohne Weiteres: Anspruchsberechtigt sind die Insolvenzgläubiger und die absonderungsberechtigten Gläubiger, deren Forderungen durch das unzureichende Haftungssubstrat besonders stark ausfallgefährdet sind. Wo aber lässt sich die Brücke zur Gläubigerautonomie schlagen? Sicherlich ist die Haftung ein Reflex der Handlungsmöglichkeiten, die dem Gläubigerausschuss als Gläubigerorgan eingeräumt werden,⁹⁰⁵ doch haben die Einführung der Insolvenzordnung und das ESUG gezeigt, dass der Einflussgewinn des Gläubigerausschusses keineswegs auch eine Haftungsverschärfung seiner Mitglieder mit sich gebracht hat – im Gegenteil sogar Haftungsmilderungen im ge-

entfalten. Zudem muss der Insolvenzverwalter bei einer gerichtlichen Entscheidung keine aufsichtsrechtlichen Maßnahmen fürchten. Siehe zur Unabhängigkeit vom Gericht oben, S. 124.

⁹⁰⁰ Vgl. Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 72 Rn. 6; Marotzke, in: Gerhard/Kirchhof (Hrsg.), FS Kirchhof, S. 351; a.A. Uhlenbruck, ZIP 2002, 1373, 1377; Eickmann, in: HK InsO, § 72 Rn. 7.

⁹⁰¹ Siehe oben, S. 119 f.

⁹⁰² Zur Zulässigkeit individualvertraglicher Haftungsfreistellungen: Thole, in: K. Schmidt InsO, § 60 Rn. 39.

⁹⁰³ Thole, in: K. Schmidt InsO, § 60 Rn. 39; Weitzmann, in: HamKo InsO, § 60 Rn. 49; Wallner/Neuenhahn, NZI 2004, 63, 66.

⁹⁰⁴ Siehe S. 31.

⁹⁰⁵ Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 2; Schmid-Burgk, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 1.

setzlichen Rahmen und in der Literatur Einzug gehalten haben.⁹⁰⁶ Das spricht dafür, dass Haftung nicht nur der „Preis“ für Gläubigerautonomie ist,⁹⁰⁷ sondern einen darüber hinausgehenden Wert darstellt.

Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren ist die Verfolgung des Interesses einer umfassenden kollektiven Haftungsverwirklichung in einem Zuweisungsrahmen rechtlicher Handlungsfreiheit. Das Recht auf Ersatz eines Schadens und die Freiheit der Gläubiger, dieses Recht individuell auszuüben, entspricht dem hier entwickelten Verständnis von Gläubigerautonomie. Die Haftung für Pflichtverletzungen dient auch dem Vermögensschutz der Gläubiger und damit letztlich der Gläubigerbefriedigung.

Neben dieser Wirkung für die Gläubiger, die bereits beim vorläufigen Gläubigerausschuss und Interimsausschuss greift, hat die Haftung auch eine verhaltenssteuernde Wirkung auf die Ausschussmitglieder selbst.⁹⁰⁸ Haftungsrechtliche Verantwortlichkeit animiert zu sorgfältiger Pflichtenwahrnehmung im Ausschuss.⁹⁰⁹ Dadurch wird die gläubigerautonome Entscheidung der Gläubigerversammlung für einen endgültigen Ausschuss effektiviert. Gleiches gilt für die ebenfalls gläubigerautonome Wahl des Insolvenzverwalters nach § 57 InsO, dessen Arbeit durch ein zur Sorgfalt angehaltenes Kontrollorgan überwacht wird.

Schließlich kann sich aber auch in einer Haftungsmilderung der Gläubigereinfluss auf das Verfahren manifestieren. Das Haftungsrisiko regt nämlich nicht nur zu einer sorgfältigen Pflichtenwahrnehmung an, sondern kann auch abschreckend wirken, sodass ein Gläubigerausschuss als Instrument der Gläubigerautonomie aus Personalmangel gar nicht erst zustande kommt. Um dies zu verhindern, kommt neben der (wiederum) gläubigerautonomem Disposition über die gesetzliche Haftung auch eine Haftungsmilderung etwa über die Business Judgement Rule (BJR) in Betracht. Auf diese Weise kann auch eine Haftungsbefreiung dem Gedanken der Gläubigerautonomie entsprechen.

⁹⁰⁶ Eine gesetzliche Milderung ist die Einschränkung der Aktivlegitimierten in § 71 InsO gegenüber § 89 KO, vgl. unten S. 169; in der Literatur wird neuerdings die Business Judgement Rule für auf den Gläubigerausschuss anwendbar erklärt, vgl. unten S. 174.

⁹⁰⁷ Der BGH bemerkt dazu, dass es keinen zwingenden wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zusammenhang zwischen Herrschaft und Haftung gibt: BGH im Urteil v. 17.03.1966 – II ZR 282/63, BGHZ 45, 204.

⁹⁰⁸ Zur Verhaltenssteuerung durch Haftung ausführlich: *Korch*, Haftung und Verhalten, passim.

⁹⁰⁹ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 2; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 1.

I. Die Haftung der Gläubigerausschussmitglieder gemäß § 71 InsO

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind bei Verletzung ihrer Pflichten den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern zum Schadensersatz verpflichtet, § 71 S. 1 InsO. Die Norm begründet einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch.⁹¹⁰

1. Sachbefugnis

Aktivlegitimiert für die Geltendmachung ihrer Individualschäden sind die absonderungsberechtigten Gläubiger und die Insolvenzgläubiger.⁹¹¹ Mit Einführung der Insolvenzordnung verkleinerte sich der Kreis der Anspruchsberechtigten gegenüber § 89 KO.⁹¹² Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind nicht mehr „allen Beteiligten“ des Verfahrens haftungsrechtlich verantwortlich. Die aktivlegitimierten Gläubiger decken sich nun mit den teilnahmeberechtigten Gläubigern in der Gläubigerversammlung, vgl. § 74 Abs. 1 S. 2 InsO. Keinen Ersatzanspruch (mehr) haben Massegläubiger, aussonderungsberechtigte Gläubiger und der Schuldner selbst.⁹¹³ Der Gesetzgeber begründete diesen Schritt damit, die Interessen der nicht anspruchsberechtigten Gläubiger seien durch den umfassenden Pflichtenkreis des Insolvenzverwalters und die Aufsicht des Gerichts hinreichend geschützt.⁹¹⁴ Die oben bereits dargelegte Kritik *Heidlands*⁹¹⁵, ein Ausschussmitglied dürfe nicht ungeschoren davonkommen, wenn es bei einer Verwertungsentscheidung vorsätzlich eine Tatsache verschweigt, die ein Aussonderungsrecht eines Dritten begründet, kann nicht überzeugen. Sollten hier die gesetzlichen Ausgleichsansprüche nicht bereits als ausreichend erachtet werden, kommt zusätzlich ein deliktischer Anspruch wegen der Verletzung dinglicher Rechte in Betracht.⁹¹⁶ *Marotzke* wirft dem Gesetzgeber jedoch darüber hinaus vor, „ohne überzeugenden Grund“ die Beschränkung der Aktivle-

⁹¹⁰ BGH im Urteil v. 11. 11. 1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 96 (noch zur KO); *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 3.

⁹¹¹ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 5; *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 71 Rn. 2 ff.

⁹¹² Vgl. *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 4.

⁹¹³ *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 2; *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 71 Rn. 2.

⁹¹⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 132.

⁹¹⁵ *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., *Kölner Schrift zur InsO*, 2. Aufl., S. 725 Rn. 26 ff., siehe auch oben S. 102 ff.; die Bedenken *Heidlands* teilend: *Vortmann*, *ZInsO* 2006, 310 f.

⁹¹⁶ Dingliche Rechte, die ein Aussonderungsrecht begründen können, sind von § 823 BGB geschützt, vgl. *Wagner*, in: MüKo BGB, § 823 Rn. 270 ff.; zum Deliktsrecht als zusätzlicher Schutz der Gläubiger: *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 122; ein Ersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB scheidet jedenfalls aus, weil § 69 InsO richtigerweise kein Schutzgesetz ist, vgl. etwa *Cranshaw/Portisch/Knöpnadel*, *ZInsO* 2015, 1, 2.

gitimierten vorgenommen und dabei „Gläubigerautonomie mit (partieller) Haftungsfreistellung gleichgesetzt“ zu haben.⁹¹⁷ Ob nun der Verweis auf den umfassenden Pflichtenkreis des Insolvenzverwalters „überzeugend“ ist, mag dahinstehen. Dass aber ein erhebliches Haftungsrisiko bei potenziellen Gläubigerausschussmitgliedern abschreckende Wirkung entfalten kann, ist ganz herrschende Ansicht.⁹¹⁸ Will man die Vorteile eines Gläubigergremiums in möglichst vielen Verfahren nutzen, so erscheint es widersinnig, die seltenen Fälle der Schädigung von Massegläubigern oder aussonderungsberechtigten Gläubigern, die überdies nicht durch Ansprüche gegenüber dem Insolvenzverwalter zu kompensieren sein dürften, schwerer wiegen zu lassen, als die Abschreckungswirkung des Haftungsrisikos auf Seiten der Ausschussmitglieder. Es ist daher der richtige Weg, über, wenn auch marginale, Haftungserleichterungen das Gläubigerausschussmandat attraktiver zu gestalten. Eine Gleichsetzung von Haftungsfreistellung und Gläubigerautonomie kann darin nicht gesehen werden.

Wenngleich nicht Anspruchsberechtigter gem. § 71 InsO, ist es ganz herrschende Ansicht, dass auch der Insolvenzverwalter bei Gesamtschäden zur treuhänderischen Geltendmachung des Ersatzanspruches berechtigt ist, vgl. § 92 InsO.⁹¹⁹

Passivlegitimiert sind stets die Mitglieder des Gläubigerausschusses selbst.⁹²⁰ Der Gläubigerausschuss als Gremium kann nicht in Anspruch genommen werden, wenngleich bei Verantwortlichkeit mehrerer die Ausschussmitglieder gesamtschuldnerisch haften können.⁹²¹

2. Haftungstatbestand und Verschulden

Voraussetzung für die Schadensersatzpflicht nach § 71 InsO ist die Verletzung der Pflichten, die den Gläubigerausschussmitgliedern nach der Insolvenzordnung, insbesondere nach § 69 InsO, obliegen.⁹²² Nur Handlungen, Tun oder Unterlassen⁹²³ gegen die spezifischen Pflichten der Ausschussmitglieder können haftungsbegrün-

⁹¹⁷ *Marotzke*, in: Gerhardt/Kirchhof (Hrsg.), FS Kirchhof, S. 338 f.

⁹¹⁸ BGH im Urteil v. 09. 10. 2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 71 Rn. 1.

⁹¹⁹ *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 71 Rn. 4; *Vortmann*, ZInsO 2006, 310, 311; *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1160.

⁹²⁰ *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 9; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 14 f.

⁹²¹ Vgl. *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 71 Rn. 1; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 15.

⁹²² Vgl. *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 10; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 5.

⁹²³ *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 71 Rn. 5.

dend sein.⁹²⁴ Schäden, die nur gelegentlich der Aufgabenwahrnehmung entstehen, sind nicht erfasst.⁹²⁵

Die besondere Bedeutung der Kontrolle von Geschäftspapieren, dem Geldverkehr und -bestand, wurde oben bereits angesprochen.⁹²⁶ Neuere Judikatur beruht ausschließlich auf der Vernachlässigung dieser „Kassenprüfung“.^{927 928} In vielen Fällen verhält sich die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses daher akzessorisch zu einer pflichtwidrigen Geschäftsführung des Insolvenzverwalters.⁹²⁹ Auch der Verstoß gegen Geheimhaltungspflichten ist besonders haftungsrelevant, weil Ausschussmitglieder ihren in den Sitzungen gewonnenen Informationsvorsprung zugunsten des eigenen Geschäfts nutzen können.⁹³⁰ Das Pflichtenprogramm geht jedoch weit über diese beiden Punkte hinaus.⁹³¹ Insolvenzverwalter sichern sich in allerlei Fragen durch Entscheidungen des Gläubigerausschusses ab und minimieren dadurch ihr eigenes Haftungsrisiko.⁹³² Dabei drohen weitreichende wirtschaftliche Fehlentscheidungen auf Seiten der Gläubigerausschüsse.⁹³³

Das einzelne Ausschussmitglied haftet dabei für eigenes Verschulden.⁹³⁴ Umfasst sind Vorsatz und jede Fahrlässigkeit.⁹³⁵ Maßstab dessen ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Gläubigerausschussmitglieds.⁹³⁶ Dieser Maßstab begründet nicht für alle Ausschussmitglieder in gleicher Weise das Verschulden: entscheidend sind die persönlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen der

⁹²⁴ BGH im Urteil v. 11.11.1993 – IX ZR 35/93, BGHZ 124, 86, 93; BGH im Urteil v. 22.04.1981 – VIII ZR 34/80, ZIP 1981, 1001, 1002; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 71 Rn. 7; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 71 Rn. 5; *Skrotzki*, KTS 1967, 142, 147 f.

⁹²⁵ *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 71 Rn. 7.

⁹²⁶ Siehe S. 164.

⁹²⁷ Der Begriff entstammt der Konkursordnung, § 88 KO, wird jedoch noch immer pauschal für die Prüfung des Geldverkehrs und -bestandes genutzt.

⁹²⁸ Zuletzt BGH im Urteil v. 25.06.2015 – IX ZR 142/13, ZInsO 2015, 1563; *Frind*, ZWH 2015, 30; BGH im Urteil v. 09.10.2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324.

⁹²⁹ *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 498; OLG Frankfurt im Urteil v. 12.12.1989 – 22 U 19/88, ZIP 1990, 722, 723.

⁹³⁰ *Hegmanns*, Gläubigerausschuss, S. 104 f.; *Uhlenbruck*, BB 1976, 1198, 1199 f.; *Ehlers*, BB 2013, 259, 264.

⁹³¹ Auch ein Unterlassen der Information über den Umfang der Pflichten kann eine schuldhaft Pflichtenverletzung sein, BGH im Urteil v. 27.04.1978 – VII ZR 31/76, BGHZ 71, 253, 257 f.

⁹³² *Vortmann*, ZInsO 2006, 310.

⁹³³ Vgl. *Vortmann*, ZInsO 2006, 310.

⁹³⁴ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 12; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 71 Rn. 7; *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski (Hrsg.)*, FS Fischer, S. 128; *Stein*, KTS 1957, 109, 110.

⁹³⁵ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 12; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 71 Rn. 7; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 7.

⁹³⁶ BGH im Urteil v. 27.04.1978 – VII ZR 31/76, BGHZ 71, 253, 256; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 71 Rn. 8; *Jungmann*, in: *K. Schmidt InsO*, § 71 Rn. 12.

konkreten Person.⁹³⁷ Eine besonders unerfahrene Person kann sich jedoch nicht damit entschuldigen, sie habe sich selbst überschätzt.⁹³⁸ Wenn sie das Amt wesentlich ihrer Unkenntnis zum Trotz angenommen hat, kann schon dies ihr Verschulden begründen.⁹³⁹ Bei Abstimmungen kann das einzelne Ausschussmitglied nach herrschender Meinung dadurch entschuldigt sein, dass es gegen einen pflichtwidrigen Beschluss gestimmt hat.⁹⁴⁰ Eine bloße Enthaltung genügt indes nicht.⁹⁴¹

Teilweise wird vertreten, dass leichte Fahrlässigkeit des Ausschussmitglieds seine Haftung dann gänzlich ausschließen soll, wenn der Verursachungsbeitrag bei „deutlich weniger als 20 %“ liegt.⁹⁴² Eine solche Einschränkung ist weder der gesetzlichen Regelung zu entnehmen,⁹⁴³ noch bietet sie eine verlässliche Richtschnur für die Gerichte.⁹⁴⁴ Gerade wenn sich der Verursachungsbeitrag derart genau quantifizieren lässt, sollten die Gläubiger von den Ausschussmitgliedern Ersatz ihres Schadens verlangen können.

3. Haftung für Verhalten Dritter

Dass Stellvertretung der Gläubigerausschussmitglieder in weitem Umfang möglich und für die Funktionsfähigkeit des Ausschusses grundsätzlich auch von Vorteil ist, wurde oben ausgeführt.⁹⁴⁵ Dabei wurde jedoch auch herausgestellt, dass die Residualverantwortlichkeit der gerichtlich bestellten Ausschussmitglieder nicht auf Dritte übertragen werden kann, sondern Kern der „Höchstpersönlichkeit“ des Amtes darstellt.

Die Frage, wie die Ausschussmitglieder für das pflichtwidrige Verhalten dritter Hilfspersonen einzustehen haben, wurde in den letzten Jahren immer wieder gestellt und unterschiedlich beantwortet. Ganz herrschend wurde eine Zurechnung der

⁹³⁷ *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S.128; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 7; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 71 Rn. 8; *Jungmann*, in: K. Schmidt *InsO*, § 71 Rn. 12.

⁹³⁸ *Pape*, *ZInsO* 1999, 675, 679; *Vortmann*, *ZInsO* 2006, 310, 313 f.

⁹³⁹ RG im Urteil v. 17. 02. 1936 – VI 372/35, *RGZ* 150, 286, 288; BGH im Urteil v. 27. 04. 1978 – VII ZR 31/76, *BGHZ* 71, 253, 256.

⁹⁴⁰ *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 71 Rn. 9; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 14; *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 129; *Skrotzki*, *KTS* 1967, 142, 148.

⁹⁴¹ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 14; *Cranshaw/Portisch/Knöpnadel*, *ZInsO* 2015, 1, 9.

⁹⁴² *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 7; so auch OLG Rostock im Beschluss v. 28. 05. 2004 – 3 W 11/04, *ZInsO* 2004, 814, 816; OLG Frankfurt im Urteil v. 12. 12. 1989 – 22 U 19/88, *ZIP* 1990, 722, 724.

⁹⁴³ *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 71 Rn. 10.

⁹⁴⁴ *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 128 f.

⁹⁴⁵ Siehe S. 136 ff.

Pflichtverletzung und des Verschuldens gemäß § 278 BGB für alle Aufgaben des Ausschusses als probat angesehen.⁹⁴⁶ Davon war offensichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er in den Vorarbeiten zur Insolvenzordnung einen gesonderten Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 278 BGB für den Gläubigerausschuss entfallen ließ.⁹⁴⁷ In neuerer Rechtsprechung hat sich der BGH allerdings bei der Haftung der Ausschussmitglieder für Hilfspersonen bei der Kassenprüfung auf ein Auswahl- und Überwachungsverschulden beschränkt.⁹⁴⁸ Er folgt damit der Linie, die schon in der Literatur mit Blick auf die Prüfung des Geldverkehrs und -bestandes verfolgt worden war.⁹⁴⁹ Ihre Argumentation beruhte auf der Formulierung des § 69 S. 2 InsO, die Ausschussmitglieder hätten den Geldverkehr und -bestand „prüfen zu lassen“. Damit sei laut *Vallender* deswegen eine Beschränkung auf Auswahl- und Überwachungsverschulden gemeint, weil andernfalls die Masse doppelt – durch Haftpflichtversicherung der Ausschussmitglieder und Honorar der Hilfspersonen – belastet werde.⁹⁵⁰ *Ganter* wendet hier nachvollziehbar ein, dies könne nur gelten, wenn man davon ausginge, das Auswahlrisiko werde nicht versichert.⁹⁵¹ Der BGH beschränkt das Einstehenmüssen für Dritte mit der Begründung, der Gesetzgeber habe die Ausschussarbeit gerade erleichtern wollen und dabei die Entwicklung hin zu einem modernen und komplizierteren Rechnungswesen erkannt.⁹⁵² Einer Überforderung der Ausschussmitglieder habe er durch die Delegationsmöglichkeit entgegenwirken wollen.⁹⁵³ „Mit diesem Regelungsziel [stehe] es in Widerspruch anzunehmen, der Gesetzgeber habe nunmehr alle Mitglieder des Gläubigerausschusses originär selbst zur Vornahme der Kassenprüfung verpflichten wollen.“⁹⁵⁴

Der Beschränkung auf ein Auswahl- und Überwachungsverschulden ist zuzustimmen. Das Kostenargument *Vallenders* kann im Sinne *Ganters* nicht überzeugen. Es ist vielmehr richtig, dass mit der Formulierung „prüfen zu lassen“ eindeutig die Möglichkeit der Delegation auf eine Hilfsperson ermöglicht wurde. Fehler, die bei der Kassenprüfung dem betrauten Dritten unterlaufen, geschehen somit jedenfalls nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit, wie es § 278 BGB fordert, denn die Verbindlichkeit bestand ja gerade darin, den Geldverkehr lediglich „prüfen zu lassen“. Die Delegation ist somit ihrerseits bereits eine Pflichterfüllung, soweit eine ord-

⁹⁴⁶ *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 17; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 Rn. 15; *Heidland*, Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 727 Rn. 34; *Cranshaw/Portisch/Knöpnadel*, ZInsO 2015, 1, 10.

⁹⁴⁷ Vgl. *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 71 Rn. 4; noch enthalten bei BT-Drs. 12/2443, S. 19, 21.

⁹⁴⁸ BGH im Urteil v. 09.10.2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 333; ablehnend: *Cranshaw/Portisch/Knöpnadel*, ZInsO 2015, 1, 10.

⁹⁴⁹ *Frind*, in: HamKo InsO, § 71 Rn. 4; *Vallender*, WM 2002, 2040, 2048.

⁹⁵⁰ So *Vallender*, WM 2002, 2040, 2048.

⁹⁵¹ *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 133.

⁹⁵² BGH im Urteil v. 09.10.2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 333.

⁹⁵³ BGH im Urteil v. 09.10.2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 333.

⁹⁵⁴ BGH im Urteil v. 09.10.2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 333.

nungsgemäße Prüfung funktional ermöglicht, also sorgfältig ausgewählt und überwacht wird. Dafür bedarf es keines Rückgriffs auf die Intention des Gesetzgebers.

Damit ist allerdings zugleich festgestellt, dass eine Beschränkung auf ein Auswahl- und Überwachungsverschulden ausschließlich in der Kassenprüfungspflicht in Betracht kommt. Pflichten außerhalb des § 69 S. 2 InsO können zwar durch Hilfspersonen wahrgenommen werden, deren Verschulden wird jedoch stets über § 278 BGB dem verpflichteten Ausschussmitglied zugerechnet.⁹⁵⁵

4. Rechtsfolgen

Die Ausschussmitglieder haften für Schäden, die durch ihre individuellen Verletzungen insolvenzspezifischer Pflichten entstehen.⁹⁵⁶ Sind mehrere für den Eintritt des Schadens verantwortlich, haften sie als Gesamtschuldner gemäß § 421 BGB.⁹⁵⁷ Wenn die Gläubiger ihre Individualschäden geltend machen, können die Ausschussmitglieder mangels Gegenseitigkeit nicht mit ihren Vergütungsansprüchen gegen die Masse aufrechnen.⁹⁵⁸ Dies gilt jedoch nicht bei Gesamtschäden, die durch den Insolvenzverwalter zugunsten der Masse geltend gemacht werden.⁹⁵⁹

II. Haftung und Gläubigerautonomie

Das Haftungsrisiko ist ein entscheidendes Stellrad für die Attraktivität der Ausschussarbeit. Ob sich ausreichend qualifiziertes Personal findet, ist somit auch eine Frage der Haftung. Bislang wurde jedoch in der Literatur der Zusammenhang von Haftung und effektiv genutzter Gläubigerautonomie nur am Rande behandelt. Diese Lücke soll hier geschlossen werden.

1. Gefahr der „Trockenlegung“ durch Haftung: Business Judgement Rule und Haftpflichtversicherung

Die finanziellen Folgen der Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss wurden bereits im Rahmen der Vergütung angesprochen. In der Praxis wird immer wieder beklagt, es sei grundsätzlich schwierig, Personen zu finden, die überhaupt zu einer Mitwir-

⁹⁵⁵ So im Ergebnis auch: *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 134; *Pape/Schultz*, ZIP 2015, 1662, 1664; *Ampferl/Kilper*, ZIP 2015, 553, 554; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 1, 15; *Hirte*, in: *Braun InsO*, § 71 Rn. 3.

⁹⁵⁶ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 10; *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 71 Rn. 5; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 5.

⁹⁵⁷ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 9; *Weiß*, in: *Nerlich/Römermann InsO*, § 71 Rn. 14; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 15.

⁹⁵⁸ *Frind*, in: *HamKo InsO*, § 71 Rn. 6; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 20.

⁹⁵⁹ A.A. wohl *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 20.

kung im Ausschuss bereit seien.⁹⁶⁰ Neben der wenig lukrativen Vergütung war und ist das Haftungsrisiko bei der Amtsführung ein erhebliches Hemmnis für die Besetzung der Gremien.⁹⁶¹ Auch der BGH hat festgehalten, die Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss dürfe nicht mit übermäßigen Risiken behaftet sein, um die Bereitschaft zu Übernahme eines solchen Amtes nicht zu beeinträchtigen.⁹⁶²

Um dem gerecht zu werden, wurde in jüngerer Zeit die Anwendbarkeit der aktienrechtlichen BJR⁹⁶³ auf die Mitglieder des Gläubigerausschusses diskutiert.⁹⁶⁴ Sie ist für den Vorstand der Aktiengesellschaft in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG normiert und wird gem. § 116 S. 1 AktG auch auf den Aufsichtsrat angewandt. Nach Intention des Gesetzgebers soll die BJR auch nicht als Sonderregelung für eine bestimmte Rechtsform verstanden werden.⁹⁶⁵ Vielmehr solle das Regelungsmuster als Anknüpfungs- und Ausgangspunkt für weitere Rechtsentwicklung dienen.⁹⁶⁶

Für das Verwalterhandeln ist die Anwendung der BJR nach wie vor umstritten.⁹⁶⁷ Wenngleich die Sinnhaftigkeit einer risikoaffinen Haftungserleichterung in einem – so wird behauptet – risikoaversen Umfeld der Insolvenz in Zweifel gezogen wird,⁹⁶⁸ neigt doch die Mehrheit der Stimmen zur Anwendbarkeit der BJR.⁹⁶⁹ Für den Gläubigerausschuss muss der Zweck der Haftungserleichterung und der Handlungsrahmen des Ausschusses jedoch unabhängig vom Insolvenzverwalter darauf untersucht werden, ob sie auch für das Gläubigergremium Anwendung finden darf.

Nach der BJR gem. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung in der Amtsführung dann nicht vor, wenn das entsprechende Organmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.⁹⁷⁰ Um in den Genuss der Haftungserleichterung zu kommen, müssen somit drei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein: die unternehmerische Entscheidung muss auf einer

⁹⁶⁰ *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1154.

⁹⁶¹ *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 122, 126; die Stärkung des Gläubigereinflusses könne „paralysiert“ werden: *Hirte*, ZInsO 2012, 820; von einer Skepsis vor der Teilnahme an den Ausschüssen spricht: *Pape*, ZInsO 2011, 1033, 1037.

⁹⁶² BGH im Urteil v. 09. 10. 2014 – IX ZR 140/11, BGHZ 202, 324, 334.

⁹⁶³ *Rein* bezeichnet sie als „Insolvency Judgement Rule“: *Rein*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 60 Rn. 78.

⁹⁶⁴ Zuletzt *Pape/Schultz*, ZIP 2016, 506, 510.

⁹⁶⁵ *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 532; BT-Drs. 15/5092, S. 12.

⁹⁶⁶ BT-Drs. 15/5092, S. 12.

⁹⁶⁷ Dafür: monographisch *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, passim; *Schnieders*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, F Rn. 68 ff.; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321; *Frege/Keller/Riedel/Schrader*, Handbuch RPrax Insolvenzrecht, Rn. 1233a; dagegen: *Jungmann*, NZI 2009, 80; *Zimmermann*, NZI 2006, 386.

⁹⁶⁸ *Jungmann*, NZI 2009, 80, 83; kritisch auch: *Zimmermann*, NZI 2006, 386, 387.

⁹⁶⁹ *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 210; *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 531 ff.

⁹⁷⁰ Zu der Begründung der *Business Judgement Rule*: *Fleischer*, ZIP 2004, 685.

ausreichenden Informationsbasis gründen, sie darf sachlich nicht von Eigeninteressen geleitet sein und muss sich am Wohle der Handlungsorganisation orientieren.⁹⁷¹ Es gibt bereits nicht viele Entscheidungen des (vorläufigen) Gläubigerausschusses, denen unternehmerische Relevanz bescheinigt werden kann. Die Kontrolle des Insolvenzverwalters als zentrale Aufgabe des Gläubigerausschusses gem. § 69 InsO etwa eröffnet den Mitgliedern keinen Ermessensspielraum als unternehmerische Projektionsfläche und unterliegt daher auch nicht dem Haftungsschutz der BJR.⁹⁷² Würde man dies anders sehen, wäre gleichzeitig die Verfehlung der anderen Tatbestandsvoraussetzungen immanent. Denn die ausreichende Informationsbasis kann ihrerseits nur durch eine ausreichende Kontrolle – und damit die Informationsbeschaffung – gelegt werden.

Erfasst sind hingegen Entscheidungen mit Prognose- und Risikocharakter.⁹⁷³ Solche Entscheidungen können etwa in einstimmigen Vorschlägen zur Person des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 56a Abs. 2 S. 1 InsO, der Zustimmung zu besonders bedeutsamen Rechtshandlungen nach § 160 Abs. 1 S. 1 InsO oder der Entscheidung über die Stilllegung des Schuldnerbetriebes nach § 158 Abs. 1 InsO gesehen werden. Soweit die Kompetenzen des Gläubigerausschusses eine prognostische Dimension haben und damit die unternehmens- und verfahrensleitende Funktion des Gläubigerausschusses zutage tritt, ist es gerechtfertigt, ihm in gleicher Weise den Schutz vor Rückschaufehlern⁹⁷⁴ im Haftungsprozess zu gewähren wie dem Geschäftsleiter.

Für die Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren hat diese Haftungserleichterung freilich nur mittelbare Wirkung: das reduzierte Haftungsrisiko erleichtert die Besetzung der Ausschüsse und ermöglicht dadurch eine effektive Wahrnehmung der Gläubigerrechte.

Eine weitere Maßnahme, um die erheblichen Risiken für die Ausschussmitglieder nicht in eine persönliche Existenzgefährdung umschlagen zu lassen, ist der Abschluss einer Haftpflichtversicherung für Schadensersatzansprüche, die aus einer pflichtwidrigen Amtsführung erwachsen.

Ganz einstimmig wird darauf hingewiesen, dass eine Versicherung der Ausschussmitglieder uneingeschränkt zu empfehlen sei.⁹⁷⁵ Insbesondere im haftungsgeneigten Eröffnungsverfahren sollten die Ausschussmitglieder höher versichert

⁹⁷¹ Nach: *Wiesner*, MüHandb GesR, Band 4 Rn. 59 ff.

⁹⁷² Ob der Gläubigerausschuss die Überwachungsinstrumente richtig eingesetzt hat, unterliegt unbeschränkt gerichtlicher Kontrolle, vgl. *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 538; mit Hinweis zum Aufsichtsrat *Thümmel*, Persönliche Haftung, Rn. 254.

⁹⁷³ *Schnieders*, in: Göb (Hrsg.), Gläubigerausschuss, F Rn. 72.

⁹⁷⁴ Zum sog. *Hindsight Bias* grundsätzlich: *Fischhoff*, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 1975, 288; zur BJR als Schutz vor Rückschaufehlern: *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 686.

⁹⁷⁵ *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 71 InsO Rn. 29; *Frind*, ZIP 2012, 1380, 1386; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 71 Rn. 24; *Cranshaw*, ZInsO 2012, 115157.

werden.⁹⁷⁶ Die Mitglieder des Gläubigerausschusses hätten gar ein Recht auf Versicherung.⁹⁷⁷ Die Versicherungsprämien können als Massekosten nach § 54 Nr. 2 InsO geltend gemacht werden. Die Regel, dass die Kosten bereits mit der Vergütung abgegolten sind – wie für den Insolvenzverwalter gem. § 4 InsVV – findet auf den Gläubigerausschuss keine Anwendung, arg. ex § 10 InsVV.⁹⁷⁸

Im Rahmen der Praxisumschau wurde ein Verfahren geschildert, in dem auf eine Versicherung der Ausschussmitglieder zum Zweck des Masseerhalts verzichtet wurde.⁹⁷⁹ In solchen Fällen ist von vorneherein von der Bestellung eines Ausschusses abzusehen.⁹⁸⁰ Bedarf die Insolvenzverwaltung besonderer Gläubigerexpertise, kann diese auch ohne eine institutionalisierte Gläubigerbeteiligung eingeholt werden.⁹⁸¹ Genügt die Insolvenzmasse jedoch in jedem Fall zur Vergütung der Ausschussmitglieder und erscheint die Einsetzung eines Ausschusses etwa wegen der Komplexität des Verfahrens opportun, kann über andere Haftungserleichterungen nachgedacht werden.⁹⁸²

Hirte kritisiert überdies, dass die Versicherungskosten die Masse ohnehin zusätzlich belasteten und diese Belastung dabei doch lediglich dem Selbsterhalt des Vermögens diene. Dieses „Karussell des Geldes“ nütze letztlich allein dem Versicherer. Daher könne über eine direkte Belastung der Insolvenzmasse mit den Schadensersatzforderungen der gleiche Effekt erzielt werden.⁹⁸³ Dann freilich würde die zusätzliche Belastung durch die Marge des Versicherers fortfallen.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Zum einen kann bereits von einem Selbsterhalt nur in sehr beschränktem Umfang die Rede sein. Denn die Versicherung greift weder in den Fällen vorsätzlicher Pflichtverletzung noch in den Fällen, in denen die Ausschussmitglieder pflichtgemäß gehandelt haben und sich dennoch ein unternehmerisches Risiko verwirklicht hat, das zu einem Masseschwund geführt hat.

⁹⁷⁶ *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 InsO Rn. 29; *Frind*, ZIP 2012, 1380, 1386.

⁹⁷⁷ BGH im Beschluss v. 29.03.2012 – IX ZB 310/11, ZIP 2012, 876, der festgestellt hat, dass eine nicht zur Zahlung der Versicherung fähige Masse Grund zur Entlassung des Ausschussmitglieds nach § 70 InsO sei; siehe ferner: *Frind*, ZIP 2012, 1380, 1386; *Wroblewski*, AuR 2012, 188, 193; etwas undeutlich: *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1157, der dies zwar bejaht, aber meint, das Gericht müsse die Mitglieder bei der Abwägung nach § 22a Abs. 3 InsO befragen, ob sie nicht ohne Versicherung arbeiten wollten. Die Fortsetzung der Tätigkeit als Gläubigerausschussmitglied kann unzumutbar sein, wenn die Kosten einer angemessenen Haftpflichtversicherung nicht von der Masse übernommen werden können, BGH im Beschluss v. 29.03.2012 – IX ZB 310/11, ZIP 2012, 876.

⁹⁷⁸ Vgl. BGH im Beschluss v. 29.03.2012 – IX ZB 310/11, ZIP 2012, 876, 877.

⁹⁷⁹ Siehe S. 114.

⁹⁸⁰ Dies scheint auch *Cranshaw* vorauszusetzen, wenn er ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Versicherung und Ausschuss postuliert: *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1155.

⁹⁸¹ Siehe zum Gläubigerbeirat S. 181.

⁹⁸² Dazu unten S. 178 ff.

⁹⁸³ *Hirte*, ZInsO 2012, 820 f.; das Insolvenzgericht soll danach den Ausschussmitgliedern durch Einzelmächtigung die Belastung der Masse mit ihren Schadensersatzkosten ermöglichen.

Zweitens zeichnet sich eine Versicherung gerade durch die Abwälzung des Risikos aus. Verwirklicht sich somit das Risiko bei fehlender Versicherung, trifft es die Insolvenzmasse in vollem Umfang. Schließlich ist dem Einwand *Frinds* und *Cranshaws* zuzustimmen, die Belastung der Masse durch die Ausschussmitglieder auf Grundlage einer gerichtlichen Einzelermächtigung würde das System von Schadensersatzpflicht und Auslagen *ad absurdum* führen.⁹⁸⁴ Die Versicherung der Ausschussmitglieder kann daher mangels alternativer Sicherungssysteme nicht entfallen.

Gleichwohl gibt es zu denken, wenn in den untersuchten Hamburger Verfahren auch die Schwierigkeit aufgetreten ist, ein Zweitangebot einer anderen Versicherung einzuholen. Zwar hat sich regelmäßig ein einzelner Versicherer gefunden; um ein insbesondere günstigeres Konkurrenzangebot bemühten sich die Verwalter jedoch oft vergeblich. Die Praxis ist hier schwer durchschaubar und möchte man zügig einen Versicherungsschutz für den vorläufigen Gläubigerausschuss erreichen, bleibt nichts übrig, als die erstbeste Versicherung zu wählen. Es liegt hier in der Verantwortung des Insolvenzverwalters oder des Ausschusses selbst, es nicht bei zwei oder gar einer Angebotsanfrage zu belassen.

Neben der Business Judgement Rule und der Versicherbarkeit des verbleibenden Haftungsrisikos, verweist *Vortmann* auch darauf, dass die Informationsvorsprünge, die die Mitglieder des Gläubigerausschusses gewinnen, die haftungsrechtlichen Risiken aufwägen.⁹⁸⁵ Zwar dürfe das Wissen nicht zu eigenen Zwecken genutzt werden, doch hätten insbesondere absonderungsberechtigte Gläubiger ein Interesse an einer direkten Kontrolle der Verwaltertätigkeit, um die zügige Verwertung sicherzustellen.⁹⁸⁶

Vortmann ist darin zuzustimmen, dass die Vorteile, die aus der Mitgliedschaft im Ausschuss erwachsen, die Haftungsrisiken in der Regel überwiegen. In gewissem Maße abschreckend wird die Haftung nur bei solchen Gläubigern wirken, die schon ausschusserfahren sind.⁹⁸⁷ Gerade diese Personen können aber einen Gewinn für die Ausschussarbeit darstellen. Es ist daher denkbar, die Haftung der Ausschussmitglieder gläubigerautonom zu verringern, um eine Professionalisierung zu erleichtern.

2. Gläubigerautonome Gestaltungsmöglichkeiten

Die Insolvenzordnung enthält keine ausdrückliche Einflussmöglichkeit der Gläubigergesamtheit auf die Haftung der Ausschussmitglieder.⁹⁸⁸ Möglicherweise

⁹⁸⁴ *Frind*, ZIP 2012, 1380, 1386; *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1159 f.

⁹⁸⁵ *Vortmann*, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 406.

⁹⁸⁶ *Vortmann*, in: Pape/Gundlach/Vortmann (Hrsg.), Handbuch Gläubigerrechte, Rn. 406.

⁹⁸⁷ *Stein* spricht sogar, allerdings in den 50ern, von einer Gleichgültigkeit der Ausschussmitglieder in Haftungsfragen, *Stein*, KTS 1957, 109, 110.

⁹⁸⁸ So schon zur Konkursordnung: RG im Urteil v. 17. 02. 1936 – VI 372/35, RGZ 150, 286, 287.

kann jedoch die Haftung im Rahmen der Gläubigerautonomie privatautonom angepasst werden.

a) Abdingbarkeit der Haftung

Ohne Ausnahme wird anerkannt, dass die Haftung der Gläubigerausschussmitglieder nicht zur Disposition der Gläubiger steht.⁹⁸⁹ Dies beruht auf den Erwägungen eines Urteils des Reichsgerichts von 1936.⁹⁹⁰ Danach schweige die Konkursordnung zu einem Recht der Gläubigerversammlung, dem Ausschuss die Pflichten ganz oder teilweise zu erlassen. Ein solches Recht dürfe daher nicht anerkannt werden, da ansonsten unklare Verhältnisse geschaffen würden. Die gegenläufige Überlegung des vorangegangenen Berufungsgerichts könne nicht überzeugen. Dieses hatte in Betracht gezogen, dass alle Ausschussmitglieder bis auf zwei in den Genuss von Haftungserleichterungen kommen könnten. Dies gründe darauf, dass ein Ausschuss freiwillig eingesetzt werde und zwei Mitglieder bereits genügen.⁹⁹¹ Das RG stimmt zwar zu, dass die Einsetzung des Ausschusses rein fakultativ sei. Wenn man sich aber für einen Ausschuss entschlösse und die Mitglieder die Wahl annähmen, müssten sie auch die gesetzlichen Pflichten in vollem Umfang wahrnehmen, um die nötige Klarheit zu wahren.

Diesem Befund ist im Ergebnis zuzustimmen, wenngleich sich „Klarheit“ oder „Unklarheit“ argumentativ schwer verorten lassen. Es ist vielmehr auf die Wirkung einer Haftungsfreistellung durch die Gläubigerversammlung abzustellen. Wie beschrieben können Schäden sowohl als Individualschäden als auch Gesamtschäden nach § 92 InsO auftreten.⁹⁹² Die Individualschäden, beispielsweise aus einer eigennützigen Verwendung von Informationen durch die Ausschussmitglieder, können den Betrag der enttäuschten Forderung leicht übersteigen. Würde sich die Gläubigerversammlung nun eine Haftungsfreistellung zugunsten der Gläubigerausschussmitglieder anmaßen, würde sie zum einen über die Einklagbarkeit eines Schadens entscheiden, der möglicherweise nicht einmal in den Reihen der (dafür) Abstimmenden entstanden ist. Zum anderen wäre eine Mehrheitsentscheidung ein unzumutbarer Eingriff in die Eigentumsrechte der überstimmten Gläubiger, weil der Umfang der Individualschäden nicht ausreichend bestimmbar ist. Die Gläubigerversammlung ist damit nicht zu Verfügungen über den Ersatz von Individualschäden befugt.⁹⁹³

⁹⁸⁹ BGH im Urteil v. 11. 12. 1967 – VII ZR 139/65, BGHZ 49, 121; *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 11; *Knof*, in: *Uhlenbruck InsO*, § 71 Rn. 4; *Frind*, in: *HamKo InsO*, § 71 Rn. 3; *Schmid-Burgk*, in: *MüKo InsO*, § 71 Rn. 6; *Vortmann*, *ZInsO* 2006, 310, 311; *Bruyn*, Gläubigerausschuss, Rn. 525; *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), *FS Fischer*, S. 127; *Gundlach/Frenzel/Jahn*, *ZInsO* 2009, 1095, 1099.

⁹⁹⁰ RG im Urteil v. 17. 02. 1936 – VI 372/35, RGZ 150, 286.

⁹⁹¹ Wiedergegeben in: RG im Urteil v. 17. 02. 1936 – VI 372/35, RGZ 150, 286, 288.

⁹⁹² *Kübler*, in: *Kübler/Prütting/Bork InsO*, § 71 Rn. 6 f.; vgl. auch S. 169 ff.

⁹⁹³ Vgl. *Cranshaw*, *ZInsO* 2012, 1151, 1160.

Für die Gesamtschäden ergibt sich ein leicht abgewandeltes Bild. Hier ist zwar allein der Insolvenzverwalter zu Verfolgung der Ansprüche berechtigt, die Verfügungsbefugnis behalten jedoch die betroffenen Gläubiger.⁹⁹⁴ Da hier der Maximalschaden für alle Betroffenen festgestellt werden kann, steht auch nicht die Unbestimmbarkeit des Schadens im Wege. *Cranshaw* gibt jedoch zu bedenken, dass in diesen Fällen die Zustimmung aller betroffenen Gläubiger einzuholen sei, was regelmäßig nicht umsetzbar, jedoch grundsätzlich möglich ist.⁹⁹⁵

Denkbar wäre jedoch, in solchen Fällen die Vorschriften der §§ 235 ff. InsO zur Annahme und Bestätigung des Insolvenzplans analog anzuwenden. Der Insolvenzplan selbst kann den gänzlichen Fortfall der Forderungen gegenüber dem Schuldnerunternehmen bestimmen.⁹⁹⁶ Damit könnte *a maiore ad minus* auch die bloße Haftungsfreistellung der Ausschussmitglieder nach den Vorschriften zur Annahme des Insolvenzplans durch die Gläubiger beschlossen werden. Die besonderen Regelungen für diese Annahme beruhen jedoch auch auf einem ausgewogenen Verfahren, das den unterschiedlichen Interessengruppen Möglichkeit zur Teilhabe gewährt. Eine gesonderte Haftungsfreistellung zugunsten der Gläubigerausschussmitglieder ohne das zum Insolvenzplan gehörige Verfahren ist somit nicht durchführbar.

Keine Probleme bereitet indes die Haftungsfreistellung der Gläubigerausschussmitglieder – ausschließlich bezüglich der Gesamtschäden – als Bestandteil eines umfänglichen Insolvenzplans, der regelmäßig auch gleichzeitig die Auflösung des Ausschusses gem. § 258 Abs. 1 InsO bedeutet.⁹⁹⁷

Eine, wenn auch auf Gesamtschäden begrenzte, Haftungsfreistellung zugunsten der Gläubigerausschussmitglieder ist somit durchaus möglich, wenngleich in der Regel nicht umsetzbar. Eine Freistellung von Ansprüchen auf Ersatz der Gesamtschäden kann auch im Insolvenzplan festgeschrieben werden. Eine Anreizfunktion für die Besetzung des Ausschusses wird damit nicht erfüllt, denn in der Phase der Planerstellung ist der Ausschuss bereits eingesetzt.

b) Unentgeltliche Tätigkeit

Denkbar ist eine Haftungserleichterung in solchen Fällen, in denen die Mitglieder des Gläubigerausschusses für ihre Tätigkeit nicht vergütet werden. Die Unentgeltlichkeit kann Indiz für ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis sein.⁹⁹⁸ Da aber die Vergütung keine Bedingung für den Umfang der gesetzlichen Pflichten darstellt, ist auch

⁹⁹⁴ *Lüke*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 92 Rn. 27; *Hirte*, in: Uhlenbruck InsO, § 92 Rn. 21.

⁹⁹⁵ *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1160.

⁹⁹⁶ *Breuer*, in: MüKo InsO, § 224 Rn. 6 f.; *Lüer/Streit*, in: Uhlenbruck InsO, § 224 Rn. 4.

⁹⁹⁷ Zum gestaltenden Teil des Insolvenzplans ausführlich: *Smid/Rattunde/Martini*, Insolvenzplan, S. 124 ff.

⁹⁹⁸ Statt vieler: *Schäfer*, in: MüKo BGB, § 662 Rn. 23.

ein unentgeltlich arbeitendes Gremium ein Gläubigerausschuss im Sinne des § 67 InsO.⁹⁹⁹ Es handelt sich ferner um einen gesetzlichen Vergütungsanspruch, der nur durch Verzicht der Gläubigerausschussmitglieder beseitigt werden kann. Spräche man nun der Unentgeltlichkeit haftungsbefreiende Wirkung zu, läge es gleichsam in der Hand der Ausschussmitglieder, ihre eigene Haftung zu begrenzen. Unentgeltliche Ausschussarbeit bedeutet daher keine Beschränkung der Haftung.¹⁰⁰⁰

c) Antizipierter Erlassvertrag

Denkbar wäre auch eine Haftungsbeschränkung mittels eines Verzichts durch antizipierten Erlassvertrag nach § 397 BGB.¹⁰⁰¹ Ein Erlass kann grundsätzlich bereits vor Entstehen der Forderung vereinbart werden.¹⁰⁰² Eine Anreizwirkung kann dieser Erlass jedoch nur entfalten, wenn sich die Ausschussmitglieder bereits im Zeitpunkt ihrer Bestellung der Haftungsfreistellung sicher sein können. Dies wäre mit einer aufschiebend bedingten Annahmeerklärung durch die Ausschussmitglieder möglich. Die Bedingung könnte in einem antizipierten Erlass durch einen bestimmten Gläubigerkreis bestehen. Bestellungs- und Annahmeerklärung sind jedoch zwei einseitige und nur inhaltlich aufeinander bezogene Willenserklärungen.¹⁰⁰³ Einseitige Willenserklärungen sind dabei grundsätzlich bedingungsfeindlich.¹⁰⁰⁴ Die Ausnahme der Potestativbedingung liegt hier nicht vor, weil der Erklärungsgegner nicht die einzelnen Gläubiger, sondern das bestellende Insolvenzgericht ist. Eine Haftungserleichterung durch einen antizipierten Erlassvertrag mehrerer Gläubiger ist somit möglich, gewährt jedoch bei der bedingungsfeindlichen Annahmeerklärung der Ausschussmitglieder nur einen sehr eingeschränkten Schutz für die bestellten Ausschussmitglieder, sodass die Einsetzung nur in seltenen Fällen erleichtert wird.

d) Der Gläubigerbeirat als alternative Beteiligungsform

Der Gesetzgeber hat den Gläubigerbeirat nicht als Alternative zum Ausschuss in die Insolvenzordnung aufgenommen. Es steht den Gläubigern gleichwohl frei, ein Gremium als Gläubigerbeirat mit reiner Beratungs- und Koordinierungsfunktion

⁹⁹⁹ RG im Urteil v. 11.06.1936 – VI 18/36, JW 1936, 2927.

¹⁰⁰⁰ Im Ergebnis ebenso: RG im Urteil v. 11.06.1936 – VI 18/36, JW 1936, 2927, dort entfiel die Haftung jedoch letztlich wegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums der Ausschussmitglieder, sie seien lediglich Mitglieder eines Gläubigerbeirates; ferner *Stein*, KTS 1957, 109; *Gerhardt*, in: Jaeger GK InsO, § 71 Rn. 9.

¹⁰⁰¹ *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1159.

¹⁰⁰² BGH im Urteil v. 28.11.1963 – II ZR 41/62, BGHZ 40, 326, 330.

¹⁰⁰³ *Römerman*, in: Michalski GmbHG, § 56 Rn. 213; *Hüffer/Schürnbrand*, in: Ulmer/Habersack/Löbke GmbHG, Bd. II, § 46 Rn. 56.

¹⁰⁰⁴ *Westermann*, in: MüKo BGB, § 158 Rn. 28; zur Annahme des Aufsichtsratsmandats: *Hopt/Roth*, in: GK AktG, § 101 Rn. 137.

einzusetzen.¹⁰⁰⁵ Es könne als Diskussionsforum gute Dienste leisten, konstatiert der Gesetzentwurf.¹⁰⁰⁶ Gleichzeitig genießt ein solcher Gläubigerbeirat keines der genannten Rechte, unterliegt jedoch auch nicht den Pflichten des Gläubigerausschusses.¹⁰⁰⁷ Damit findet auch § 71 InsO auf den Gläubigerbeirat keine Anwendung.¹⁰⁰⁸ Dadurch ist zwar das Haftungsrisiko minimiert, insbesondere kann aber eine Kontrolle des Insolvenzverwalters nicht in gleicher Weise wie im Gläubigerausschuss gewährleistet werden. In kleineren Verfahren kann ein Gläubigerbeirat dennoch gute Dienste leisten, wenn die Vergütung und Versicherung eines Ausschusses zu teuer wäre und die Insolvenzverwaltung branchenspezifische Expertise nutzen kann.

Gleichwohl verneinen prominente Stimmen die Möglichkeit, einen Gläubigerbeirat einzusetzen.¹⁰⁰⁹ Insbesondere sei das Missbrauchsrisiko bezüglich der erlangten Insiderinformationen angesichts der fehlenden Haftung zu hoch.¹⁰¹⁰ Tatsächlich aber liegt es in diesen Fällen in der Verantwortung des Insolvenzverwalters, pflichtgemäß Informationen zurück zu halten. Der Informationsmissbrauch durch die Ausschussmitglieder bedeutet angesichts der fehlenden Informationsrechte des Beirats eine pflichtwidrige Informationsweitergabe und im Falle eines Schadens auch eine Ersatzpflicht des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO. Damit ist eine mögliche unerlaubte Informationsnutzung kein schlagkräftiges Argument gegen die Einsetzung eines Gläubigerbeirates. Er ist daher eine – wenn auch schwache – Alternative zu einem Gläubigerausschuss und durch seine geringen Kosten für kleinere Verfahren geeignet.

III. Zwischenergebnis

Die Haftung der Gläubigerausschussmitglieder bietet mehrere Anknüpfungspunkte, um den Rahmen der Gläubigerselbstverwaltung zu entwickeln. Zum einen lastet das Haftungsrisiko auf dem Amt des Ausschussmitglieds und erschwert die Suche nach möglichen Ausschussmitgliedern. Zum anderen eröffnet die Haftungsanpassung Möglichkeiten, um die Kosten des Verfahrens zu reduzieren. So können die Versicherungsprämien gering gehalten oder die Versicherung grundsätzlich obsolet werden. Die Haftung ist dabei nicht grundsätzlich abdingbar. Eine wenig praktikable Ausnahme bildet der Gesamtschaden, wenn alle Gläubiger zustimmen. Der Mechanismus ist dabei vergleichbar mit dem antizipierten Erlassvertrag, der

¹⁰⁰⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 99; *Hirte*, in: Braun InsO, § 67 Rn. 17.

¹⁰⁰⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 99.

¹⁰⁰⁷ *Uhlenbruck*, ZIP 2002, 1373, 1374; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 67 Rn. 3.

¹⁰⁰⁸ *Knof*, in: Uhlenbruck InsO, § 67 Rn. 3; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann InsO, § 67 Rn. 12.

¹⁰⁰⁹ So *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 68 Rn. 8; *Schmid-Burgk*, in: MüKo InsO, § 68 Rn. 18; *Frege*, NZG 1999, 478, 484; *Pape*, ZInsO 1999, 675, 676.

¹⁰¹⁰ Vgl. *Frege*, NZG 1999, 478, 484.

jedoch auch von einzelnen Gläubigern abgeschlossen werden kann. In kleineren Verfahren können die Gläubiger statt eines Gläubigerausschusses einen Gläubigerbeirat einsetzen, der lediglich die Insolvenzverwaltung berät und keine gesetzlichen Rechte oder Pflichten hat. Im Gegenzug unterliegt er auch keinem Haftungsrisiko.

Kapitel 4

Besonderheiten des Gruppen-Gläubigerausschusses

Mit dem am 13. April 2017 beschlossenen Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, das am 21. April 2018 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber in § 69c InsO die Einführung eines Gruppen-Gläubigerausschusses als Organ des Koordinationsverfahrens in der Konzerninsolvenz beschlossen. Demnach kann auf Antrag eines Gläubigerausschusses der Einzelverfahren nach Anhörung der übrigen Ausschüsse ein Gruppen-Gläubigerausschuss eingesetzt werden, der sich aus Vertretern der einzelnen Ausschüsse zusammensetzt und zusätzlich ein Mitglied aus dem Kreis der Arbeitnehmervertreter umfasst. Kein Mitglied stellen solche Einzelausschüsse, die in Verfahren untergeordneter Bedeutung eingesetzt worden sind, § 269c Abs. 1 S. 2 InsO. Der Gruppenausschuss wird nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts eingesetzt.¹⁰¹¹ Aufgabe des neuen Gremiums ist die Unterstützung der einzelnen Insolvenzverwalter und Gläubigerausschüsse, um eine abgestimmte Verfahrensabwicklung zu erleichtern, § 269c Abs. 2 S. 1 InsO. Die Zahl der Insolvenzverwalter kann deutlich geringer sein als die der Einzelverfahren: Durch den neuen § 56b InsO werden die zuständigen Insolvenzgerichte angehalten, ihre Entscheidung über einen vorläufigen Insolvenzverwalter abzustimmen und sich auf eine Person zu einigen, wenn dies im Interesse der Gläubiger liegt.

A. Der Gruppen-Gläubigerausschuss als gläubigerautonomes Instrument

Der Antrag auf Einsetzung eines Gruppen-Gläubigerausschusses kann von allen Einzelausschüssen gestellt werden. Auch von solchen, die nicht selbst zur Teilnahme am Gruppenausschuss berechtigt sind.¹⁰¹² Entscheidend ist die in § 3a Abs. 1 S. 2 InsO legaldefinierte Schwelle der untergeordneten Bedeutung für die Unternehmensgruppe. Sie wird demnach regelmäßig überschritten, wenn das Einzelunternehmen mehr als 15 Prozent der Arbeitnehmer der Unternehmensgruppe beschäftigte und die Bilanzsumme oder der Umsatzerlös mehr als 15 Prozent der jeweiligen Konzernkennzahlen erreicht. Die Schwelle ermöglicht eine Beschränkung der

¹⁰¹¹ BT-Drs. 18/407, S. 34.

¹⁰¹² Vgl. *Hoffmann*, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 79.

Gremiengröße auf sieben Personen: höchstens sechs Ausschussmitglieder aus Einzelverfahren nicht untergeordneter Bedeutung und ein Arbeitnehmervertreter.¹⁰¹³

I. Rechte des Gruppen-Gläubigerausschusses

Die Rechte des Gruppen-Gläubigerausschusses sind begrenzt. Vor der Bestellung eines Verfahrenskoordinators wird dem Gruppenausschuss Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, § 269e Abs. 2 InsO, und der fakultative Koordinationsplan nach § 269h InsO bedarf seiner Zustimmung. Ein Antragsrecht zur Einleitung des Koordinationsverfahrens besteht nicht, arg. ex § 269d Abs. 2 InsO. Trotz einiger anderslautender Stimmen,¹⁰¹⁴ hat der Gesetzgeber hier die richtige Entscheidung getroffen. Der Gruppen-Gläubigerausschuss ist weniger „Ausdruck der Autonomie der am Verfahren beteiligten Gläubiger“¹⁰¹⁵ als die – ihrerseits antragsberechtigten – Einzelausschüsse. Vielmehr kann sich durch ein Antragsrecht das Gremium des Gruppen-Gläubigerausschusses auch in solchen Verfahren zusätzliche Beschäftigung und Legitimität verschaffen, die eines besonderen Koordinationsverfahrens über die Einsetzung eines Gruppen-Gläubigerausschusses hinaus gar nicht bedürften.¹⁰¹⁶ In einem Antragsrecht des Gruppenausschusses wäre somit keinesfalls eine weitere Berechtigung der Gläubiger zu sehen. Im Gegenteil birgt es sogar die Gefahr, die Insolvenzmasse unnötig zu belasten und den tatsächlichen Interessen der Gläubiger zuwider zu laufen.

Das Recht zur Stellungnahme über die Person des Verfahrenskoordinators nach § 269e Abs. 2 InsO bedeutet dem Wortlaut gemäß nicht, dass der Gruppen-Gläubigerausschuss verbindlich über die Person entscheiden kann. Der Verweis des § 269f Abs. 3 InsO auf § 56a Abs. 2 InsO ändert daran bei strenger Wortlautauslegung nichts, weil § 56a Abs. 2 InsO nur für die „Bestellung des Verfahrenskoordinators“ Anwendung finden soll, nicht aber für die Beteiligung der Gläubiger. Damit wäre bei entsprechender Anwendung der „vorläufige Ausschuss“ in § 56a InsO nicht durch „Gruppen-Gläubigerausschuss“ zu ersetzen. Die Gesetzesbegründung wertet die Verweisung jedoch anders.¹⁰¹⁷ Ihr zufolge soll durch den Verweis auf § 56a InsO sichergestellt werden, „dass die Anhörung des Gruppen-Gläubigerausschusses nicht

¹⁰¹³ Der Regierungsentwurf sah hier noch eine Schwelle von 10 % vor; über die Gründe für die Anhebung verliert der Bericht des Rechtsausschusses kein Wort, BT Drs. 18/11436, S. 24. Sie ist aber angesichts der mit ihr einhergehenden Größenbeschränkung sinnvoll.

¹⁰¹⁴ Mehrere Stimmen sprechen sich für ein Antragsrecht *de lege ferenda* aus: Hoffmann, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 107; Brünkmanns, in: MüKo InsO, Konzerninsolvenzrecht Rn. 93; Berner/Bartelsheimer/Schiebe, ZInsO 2013, 434, 438.

¹⁰¹⁵ Berner/Bartelsheimer/Schiebe, ZInsO 2013, 434, 438.

¹⁰¹⁶ Eine zusätzliche Aufgabe wäre dann etwa die Stellungnahme zur Person des Verfahrenskoordinators, § 269e Abs. 2 InsO.

¹⁰¹⁷ Vgl. auch Hoffmann, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 111.

im Unverbindlichen bleibt, sondern die wesentlichen Vorgaben für das Koordinationsgericht festlegt.“¹⁰¹⁸ Die Entscheidung des Gruppenausschusses beseitigt dabei zwar nicht das Entscheidungsermessen des Gerichts, reduziert es aber soweit, dass nur bei fehlender Eignung des Kandidaten seine Einsetzung verweigert werden kann.

Im Zentrum der Ausschussarbeit steht, eine „Informationsleitstelle“ zu schaffen und dadurch die Koordination der Einzelverfahren zu vereinfachen. Der Ausschuss kann dazu beitragen, das Verfahren zu beschleunigen und durch eine Rückbindung an die Einzelverfahren für stärkeren Rückhalt unter der Gläubigerschaft im Sinne des oben entwickelten Involvierungsgedankens¹⁰¹⁹ zu sorgen. Eine Stärkung der Gläubigerautonomie im Sinne einer Gläubigerberechtigung ist jedoch trotz des gegenteiligen Bekundens der Gesetzesmaterialien¹⁰²⁰ kaum zu erkennen. Umso deutlicher tritt der Involvierungsgedanke hervor: Letztlich werden die Gläubiger lediglich als Kommunikationsmittel – freilich zu ihren Gunsten – eingesetzt. Ein darüber hinausgehender Einflussgewinn ist nicht feststellbar.

II. Haftung und Koordinationspflicht

Über einen Verweis gilt die Haftungsnorm des Einzelausschusses auch für den Gruppen-Gläubigerausschuss. Bewusst undeutlich hat der Gesetzgeber hingegen den Pflichtenkreis der Gruppen-Ausschussmitglieder gezogen.

1. Haftung

Gemäß § 269c Abs. 2 S. 7 InsO i.V.m. § 71 InsO haften die Mitglieder des Gruppen-Gläubigerausschusses den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern für die Schäden, die diesen aus einer Pflichtverletzung entstehen. Damit erweitert sich der Kreis der Aktivlegitimierten für das abgesandte Mitglied des Einzelausschusses um die Gläubiger der anderen gruppenangehörigen Schuldnerunternehmen. Das tatsächliche Haftungsrisiko hängt jedoch vom Pflichtenprogramm der Gruppenausschussmitglieder ab. Dieses Programm ist nicht genau definiert. Zwar wurde die Bedeutung der Koordinationsarbeit als Unterstützung der Verfahrensorgane in den Einzelinsolvenzen bereits dargelegt. § 269c InsO statuiert dabei keine Pflicht der Gläubiger oder Gläubigerorgane zu einer Zusammenarbeit.¹⁰²¹ Sie soll damit jedoch nicht ausgeschlossen sein.¹⁰²² Ob es eine solche Pflicht

¹⁰¹⁸ BT-Drs. 18/407, S. 36.

¹⁰¹⁹ Siehe S. 90.

¹⁰²⁰ BT-Drs. 18/407, S. 36.

¹⁰²¹ BT-Drs. 18/407, S. 22.

¹⁰²² BT-Drs. 18/407, S. 22.

gibt, überlässt der Gesetzgeber vielmehr ausdrücklich der Rechtsprechung und Wissenschaft.¹⁰²³

2. Kooperationspflicht

Das Gruppenausschussmitglied ist Diener zweier Herren. Das deutlich umrissene Pflichtenprogramm gegenüber den Gläubigern des Einzelverfahrens kann dabei mit der fraglichen Kooperationspflicht auf Konzernebene kollidieren. Solche Kollisionen sind unwahrscheinlich, aber etwa dann nicht ausgeschlossen, wenn kurzfristige Entscheidungen getroffen werden müssen, die für den Vermögenserhalt auf Ebene des Einzelverfahrens notwendig sind. In diesen Fällen liefe eine Pflicht zur Kooperation oder schon zur Koordination auf eine Schädigung der Insolvenzmasse des einzelnen Unternehmens hinaus.

Daneben ergibt sich ein für das Ausschussmitglied unvorhersehbarer Haftungsumfang. Während die Gläubigerstruktur und die konkreten Einzelinteressen bei Amtsübernahme im Gläubigerausschuss noch erkennbar sind, wird dies auf Gruppenebene erheblich erschwert. Die Unberechenbarkeit der Haftung führt darüber hinaus zu außerordentlichen Kosten für die Haftpflichtversicherung der Ausschussmitglieder. Dieser Einwand gilt zwar für alle Haftungsfälle auf Konzernebene, doch stellt die Unschärfe der Verletzung einer Kooperationspflicht ein zusätzliches Risiko dar.¹⁰²⁴

Eine Kooperationspflicht entspricht auch nicht dem Prinzip der Gläubigerautonomie. Die Stellungnahme des Bundesverbandes der Deutschen Industrie geht sogar so weit, einen klaren Widerspruch zum Grundsatz der Gläubigerautonomie zu konstatieren.¹⁰²⁵ Dem ist zuzustimmen. Gelegentlich finden sich zwar Äußerungen in der Literatur, die auch Verantwortung als Reflex auf eine besondere Einflussmöglichkeit als Bestandteil der Gläubigerautonomie auffassen.¹⁰²⁶ Ein solcher Verantwortungsreflex ist aber nur so weit Ausfluss der Gläubigerstellung, wie die potenzielle Haftbarkeit die eigene Forderung nicht übersteigt. Diese Schwelle wird bei Pflichten, deren Verletzung über § 269c Abs. 2 S. 7 InsO i.V.m. § 71 InsO geahndet wird, bewusst überschritten.¹⁰²⁷

¹⁰²³ BT-Drs. 18/407, S. 22; diese Zurückhaltung bedauert: *Brüinkmans*, ZIP 2013, 193, 200.

¹⁰²⁴ Mit Hinweis auf die schwierige Durchsetzbarkeit und Konkretisierung der Pflichten: *Brüinkmans*, in: MüKo InsO, Konzerninsolvenzrechts Rn. 88.

¹⁰²⁵ BDI, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, 15.02.2013, D 0573, I/3-73-30 Stf, S. 3, online abrufbar unter: bdi.eu, Neue Verfahrensregelungen für Konzerninsolvenzen, Pressemitteilung vom 13.06.2017, zuletzt abgerufen am 26.06.2018.

¹⁰²⁶ So etwa: *Ganter*, in: *Ganter/Gottwald/Lwowski* (Hrsg.), FS Fischer, S. 122.

¹⁰²⁷ Im Ergebnis ebenso: *Hoffmann*, in: *Flöther* (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 113 f.

Schließlich können Pflichtverletzungen der Ausschussmitglieder grundsätzlich auf Ebene der Einzelverfahren über § 71 InsO sanktioniert werden. Schädigendes Verhalten auf Gruppenebene ist davon mit umfasst. Ein zusätzlicher Schutz ist nicht notwendig. Eine Kooperationspflicht ist daher abzulehnen.

B. Mitgliedschaft im Gruppen-Gläubigerausschuss

Die Regeln über die Zusammensetzung des Ausschusses lassen viele Fragen offen. Möchte man den Gruppen-Gläubigerausschuss als Instrument der Gläubigerautonomie anerkennen, muss auch die Repräsentation der Gläubigergruppen verlässlich geregelt sein. Problematisch sind etwa die Unternehmenskennzahlen als Schwellenwerte, § 269c Abs. 1 S. 2 InsO i.V.m. § 3a Abs. 1 S. 2 InsO. Hier werden Gläubigergruppen und -strukturen in der Unternehmensgruppe außer Acht gelassen. So können beispielsweise Tochterunternehmen in der Informationstechnologie wenige Mitarbeiter haben, aber einen hohen Umsatz ausweisen und eine vielfältige und große Gläubigerschar um sich versammelt haben. Auf diese Weise entsteht die Gefahr, dass einzelne Gläubigergruppen mit einem ohnehin großen Informationsdefizit von der Koordination ausgeschlossen werden. Das Gericht hat somit darauf zu achten, dass neben der Repräsentation der unterschiedlichen Einzelverfahren auch die Gläubigergruppen im Gruppen-Gläubigerausschuss abgebildet werden. Anders als auf Ebene der Einzelverfahren ist die Diversifizierung des Ausschusses dabei angesichts der wenigen Handlungsrechte nicht der Interessenvertretung geschuldet, sondern allein dem Involvierungsgedanken.

Der Gesetzgeber hat auch in Erwägung gezogen, dass die Kennzahlen möglicherweise von keinem gruppenangehörigen Unternehmen erreicht werden.¹⁰²⁸ Für dieses Szenario fehlt jedoch eine Lösung. Naheliegend ist hier, den Gruppenausschuss dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zu überlassen und eine Maximalgröße von sieben Ausschussmitgliedern inklusive des Arbeitnehmervertreters als gesetzgeberische Vorgabe beizubehalten, die sich aus den Einzelverfahren zusammensetzen, die den Kennzahlen des § 3a Abs. 1 S. 2 InsO am nächsten kommen.

Die Mitglieder des Gruppenausschusses müssen nach dem Wortlaut des § 269c Abs. 1 InsO nicht selbst Mitglieder des Einzelausschusses sein, von dem sie gesandt sind.¹⁰²⁹ Jedoch sollten sich die Beteiligten der Einzelausschüsse ihrer Haftung aus § 71 InsO bewusst sein, wenn sie durch die Entsendung eines Dritten Gefahr laufen, schwächer in den Kooperations- und Koordinationsprozess eingebunden zu werden.¹⁰³⁰

¹⁰²⁸ Zur Begründung eines Gruppen-Gerichtsstandes: BT Drs. 18/11436, S. 24.

¹⁰²⁹ Vgl. Hoffmann, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 93.

¹⁰³⁰ A.A. Hoffmann, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 94, der die mittelbare Beteiligung am Gruppen-Gläubigerausschuss als unvereinbar mit dem Ziel der Verfahrenskoordination betrachtet.

Ohne dadurch den Ablauf des Verfahrens auf Konzernebene beeinflussen zu können, sind die Gläubigerversammlungen der Einzelverfahren berechtigt, vorläufige Gläubigerausschüsse und Interimsausschüsse abzuwählen und sich dabei gegen eine Neubesetzung zu entscheiden, § 68 Abs. 1 InsO. Wurde bereits ein Vertreter des Einzelausschusses in den Gruppen-Gläubigerausschuss berufen, wird seine Amtsführung als Mitglied des Gruppenausschusses obsolet.¹⁰³¹ Da er jedoch gerichtlich in das Amt des Gruppenausschussmitglieds eingesetzt wurde, endet sein Mandat nicht automatisch mit dem Fortfall des Einzelausschusses. Es liegt in diesen Fällen lediglich ein wichtiger Grund für eine Entlassung aus dem Amt gem. § 269c Abs. 2 S. 2 InsO (2018) i.V.m. § 70 S. 1 InsO vor.¹⁰³²

Wird zu einem späteren Zeitpunkt ein Einzelausschuss eingesetzt, der die Schwellenwerte zur Beteiligung erreicht, muss auf Antrag eines (jeden) Gläubigerausschusses hin, ein Vertreter des neuen Ausschusses in den Gruppen-Gläubigerausschuss eingesetzt werden.¹⁰³³

C. Zwischenergebnis

Weder Rechte noch Pflichten des Gruppen-Gläubigerausschusses geben Anlass, von einem Einflussgewinn der Gläubiger durch die Einführung des Gremiums zu sprechen. Auffällig ist vielmehr, dass die zur Beschränkung der Mitgliederzahl sicherlich wichtigen Schwellenwerte des § 3a InsO außer Acht lassen, dass Notwendigkeit und Umfang der Gläubigerbeteiligung nicht zwangsläufig anhand der Arbeitnehmerzahl, des Umsatzes oder der Bilanzsumme des Schuldners bemessen werden können. Hier ist das Gericht am Gruppen-Gerichtsstand gefordert, durch eine ausgewogene Besetzung dem Involvierungsgedanken der Gläubigerautonomie im Gruppen-Gläubigerausschusses Rechnung zu tragen. Gleichzeitig ist es zu begrüßen, dass durch den Gruppen-Gläubigerausschuss der Ausgleich des Informationsdefizits in einer Unternehmensgruppe institutionalisiert und ein gesetzlich verankertes Organ geschaffen wird.

¹⁰³¹ Vgl. *Hoffmann*, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 97.

¹⁰³² Offen bei *Hoffmann*, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 97.

¹⁰³³ *Hoffmann*, in: Flöther (Hrsg.), Handbuch Konzerninsolvenzrecht, § 4 Rn. 98.

Zusammenfassung in Thesen

(1) Gläubigerautonomie ist rechtliche Autonomie. Autonomie im Recht ist ein rechtlicher Zuweisungsrahmen individueller Handlungsfreiheit. Sie muss getrennt von dem moralphilosophischen Autonomiebegriff betrachtet werden. Während moralphilosophische Autonomie eine feste Größe und einen unabänderbaren Maßstab darstellt, ist rechtliche Autonomie abhängig von der gesetzgeberischen Entscheidung, dem Individuum einen rechtlichen Handlungsrahmen einzuräumen. Dieser Rahmen orientiert sich idealerweise an den Grenzen moralphilosophisch autonomen Handelns. Wo dies nicht gelingt, bedient sich der Gesetzgeber einer adaptiven Ordnung.

(2) Gläubigerautonomie ist Zwecksetzung und -verfolgung durch die Gläubiger innerhalb ihrer gesetzlichen Handlungsfreiräume. Gläubigerautonomie ist damit Gläubigerselbstverwaltung bezüglich des Vollstreckungsverfahrens, die im deutschen Vollstreckungsrecht in beschränktem Umfang ermöglicht wird. Sie ist – im Gegensatz zur Privatautonomie als Prinzip der Regelsetzung – ein Prinzip der Regeldurchsetzung und Teil der Verpflichtung des Staates, privat gesetzten Imperativen zur Durchsetzung zu verhelfen.

(3) In der Insolvenz wandelt sich mit der Stellung der Gläubiger auch der Rahmen der Gläubigerautonomie. Insolvenzrechtliche Gläubigerautonomie ist dabei die Verfolgung des Interesses der umfassenden kollektiven Haftungsverwirklichung. Dies widerspricht nicht der Einordnung rechtlicher Autonomie als Zuweisungsrahmen individueller Handlungsfreiheit, sondern verdeutlicht die Beschränkung der Gläubigerautonomie im Insolvenzverfahren.

(4) Gläubigerautonomie wird auch in Gesetzesmaterialien regelmäßig als Zielvorgabe der Gesetzgebung im Insolvenzrecht genannt. Diese Zielvorgabe ist fehlerhaft. Gläubigerautonomie ist kein Prinzip des Insolvenzrechts. Die unstete Bedeutung der Gläubigerautonomie in der Geschichte und Gegenwart des deutschen und ausländischer Insolvenzrechte ist ein erster Indikator dafür, dass Gläubigerautonomie nicht geeignet ist, als Leitfaden für einen leistungsstarken Insolvenzrechtsrahmen zu dienen. Der fehlende statistische Zusammenhang zwischen der Intensität von Gläubigerberechtigung und -beteiligung und der jeweiligen durchschnittlichen Insolvenzquoten stützt diese These. Deutlich ist hingegen der negative Zusammenhang zwischen Verfahrensdauer oder Verfahrenskosten und Insolvenzquote. Ein leistungsstarkes Insolvenzrecht sollte Gläubigerautonomie daher nur insoweit umsetzen, als sie der Verringerung von Verfahrensdauer und Verfahrenskosten zuträglich ist.

(5) Schließlich gibt es auch kein verfassungsrechtlich verbürgtes Schutzrecht der Insolvenzgläubiger, dem allein durch Gläubigerselbstverwaltung entsprochen werden könnte. Weder aus dem Eigentumsschutz des Art. 14 GG, noch als Ausfluss der Privatautonomie kommt die Ableitung eines Prinzips der Gläubigerautonomie in Betracht. Ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip, das eine Autonomie der kleineren Einheit und damit auch Gläubigerautonomie begründen könnte, widerspricht der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität des Grundgesetzes.

(6) Entscheidendes positives Merkmal der Gläubigerautonomie ist ihre friedensstiftende Wirkung durch Einbeziehung der wirtschaftlich Betroffenen. Dieser Aspekt durchzieht als Involvierungsgedanke das ganze Insolvenzrecht und dient als Akzeptanzstütze für alle gläubigerwirksamen Entscheidungen der Insolvenzverwaltung. Er ist aber auch von grundlegender Bedeutung, wenn über vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren diskutiert wird. Im vorinsolvenzlichen Stadium lassen die Möglichkeiten zur privatautONOMEN Krisenbewältigung den Beteiligten mehr Handlungsspielraum als in der akuten Insolvenzsituation.

(7) Der Gläubigerausschuss ist in Großinsolvenzen ein besonders geeignetes Institut zur Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung. Er ist im Insolvenzverfahren das Kontrollorgan in einem Prinzipal-Agenten-Verhältnis zwischen Gläubigerversammlung und Insolvenzverwalter. Er füllt damit ein mögliches Kontrollvakuum, wo die Vielzahl der Gläubiger unter Umständen wenig oder keine Anreize zur individuellen Kontrolle haben. Hinzu kommt die Möglichkeit der Gläubiger, mit ihrer branchenspezifischen Expertise das Insolvenzverfahren zu erleichtern. Damit nehmen die Ausschussmitglieder faktisch die Interessen aller Verfahrensbeteiligten wahr, müssen im Falle einer Pflichtverletzung jedoch nur den Insolvenzgläubigern und den absonderungsberechtigten Gläubigern Schadensersatz leisten.

(8) Der Gläubigerausschuss ist im Gefüge der Verfahrensorgane vollständig unabhängig. Die Gläubigerversammlung hat keinerlei Ersetzungskompetenzen bezüglich der Beschlüsse des Ausschusses. Umgekehrt kann auch der Ausschuss keine Beschlüsse der Versammlung ersetzen. Fürchtet der Insolvenzverwalter seine eigene Haftung, wenn er einen aus seiner Sicht insolvenzzweckwidrigen Beschluss des Gläubigerausschusses befolgt, kann eine zusätzliche Befragung der Gläubigerversammlung nur als konkludente individualvertragliche Haftungsfreistellung gewertet werden. Der ursprüngliche Beschluss des Ausschusses bleibt dabei jedoch erhalten und führt zu einer Pflichtverletzung des Insolvenzverwalters *prima facie* im Schadensfall.

(9) Im Falle der Insolvenz einer juristischen Person, die als Ausschussmitglied eingesetzt worden ist, fällt der Ausschussposten weder in das Schuldnervermögen, noch ist er dessen untrennbares Anhängsel. Er gehört damit zum insolvenzfremden Bereich. Die Insolvenz des Ausschussmitglieds ist bei einem Antrag der Gläubigerversammlung nach § 70 S. 2 InsO alleine in der Regel kein wichtiger Grund zur

Entlassung. Bei einem Eigenantrag des Ausschussmitglieds ist dies in Zusammenschau mit der Krisensituation des Unternehmens anders zu beurteilen.

(10) Das Gläubigerausschussmitglied kann sich bei seiner Amtsausübung vertreten lassen. Zwar ist das Amt höchstpersönlich, doch anders als bei einem höchstpersönlichen Rechtsgeschäft ist der Anknüpfungspunkt dabei nicht die Funktion, sondern die Verantwortlichkeit des Amtswalters. Deswegen ist die Höchstpersönlichkeit des Amtes kein Ausschlusskriterium dafür, sich bei der Ausübung vertreten zu lassen. Vielmehr müssen die einzelnen Aufgaben jeweils darauf untersucht werden, ob sie funktional allein durch die konkrete Person erfüllbar sind. Beim Insolvenzverwalter mag diese Untersuchung zu dem Schluss führen, dass etwa eine juristische Person wegen der personellen Fluktuation nicht zum Amtswalter bestellt werden kann. Im Gläubigerausschuss ist dies jedoch anders: Hier gibt es keine Aufgaben, die ein Vertreter nicht in der gleichen Weise erfüllen könnte wie die bestellte Person selbst. Die Geschäftsordnung des Ausschusses kann Vertretung allerdings grundsätzlich ausschließen.

(11) Die Beteiligung der Arbeitnehmer wird nach aktueller Gesetzeslage scheinbar dadurch erschwert, dass Gewerkschaftsvertreter als Nichtgläubiger nicht in den vorläufigen Ausschuss eingesetzt werden können. Dieser erste Anschein beruht auf der fehlenden Verweisung des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO auf § 67 Abs. 3 InsO, der für den Interimsausschuss auch Nichtgläubiger für zulässige Mitglieder erklärt. Die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen im Gläubigerausschuss hat sich als sinnvoll erwiesen. Vor diesem Hintergrund ist allerdings eine grundrechtskonforme Auslegung des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1a InsO nicht geboten. Vielmehr ist die Beteiligung der Arbeitnehmer grundsätzlich nicht als Instrument der Gläubigerautonomie zu betrachten, sondern als Instrument der Mitbestimmung. § 67 Abs. 2 S. 2 InsO gewährt daher bereits die Vertretung der Arbeitnehmer durch einen Gewerkschaftsvertreter. Ein Rückgriff auf § 67 Abs. 3 InsO ist nicht notwendig.

(12) Um die Attraktivität des Ausschussmandats aufrecht erhalten und professionell arbeitende Ausschussmitglieder gewinnen zu können, muss sich die Vergütung stärker an den marktüblichen Stundensätzen der Mitglieder orientieren. Die Regelsätze des § 17 Abs. 1 S. 1 InsVV setzen einen unnötigen Anker für die Insolvenzgerichte. Es ist daher anzuraten, die Regelsätze deutlich anzuheben oder ganz entfallen zu lassen.

(13) Die Haftung seiner Mitglieder ist ein gewichtiges Hemmnis für die Einsetzung eines Ausschusses. Sie haften gem. § 278 BGB auch für Pflichtverletzungen ihrer Vertreter. Dies gilt nicht bei der Delegation der Kassenprüfung auf Dritte. Hier formuliert § 69 InsO, die Mitglieder des Gläubigerausschusses hätten „prüfen zu lassen“. Ihre Pflicht ist somit bereits erfüllt, wenn sie die Kassenprüfer sorgfältig auswählen und überwachen. Eines Rückgriffes auf die Intention des Gesetzgebers bedarf es zu diesem Schluss nicht.

(14) Die Business Judgement Rule ist auf die Mitglieder des Gläubigerausschusses anwendbar. Eine Entscheidung mit Risiko- und Prognosecharakter, für die

eine solche Haftungserleichterung eintreten kann, ist jedoch nicht in der Entscheidung über das Ob der Kassenprüfung zu erkennen. Nur dort, wo die Ausschussmitglieder eine unternehmerische Entscheidung treffen, etwa bei dem Beschluss über die Fortführung des Betriebes, kann die Business Judgement Rule zu ihren Gunsten greifen. Eine Versicherung der Ausschussmitglieder ist nicht zu umgehen.

(15) Die Haftung kann auch nicht abbedungen werden. Dies gilt in jedem Fall für die Individualschäden, doch auch für die Gesamtschäden, wenn nicht ausnahmsweise alle Gläubiger der Haftungsfreistellung zustimmen. Möglich ist aber ein antizipierter Erlassvertrag zwischen den Gläubigern und den Ausschussmitgliedern. Er kann jedoch nicht als aufschiebende Bedingung für die Annahme des Amtes vereinbart werden: Die Annahmeerklärung ist bedingungsfeindlich und es liegt keine Potestativbedingung vor, weil Erklärungsgegner nicht die Gläubiger, sondern das Insolvenzgericht ist.

16) Ein Gläubigerbeirat ist in kleineren Verfahren eine Alternative zum Gläubigerausschuss. Seine Mitglieder haben keine Rechte oder Pflichten, die ein Mitglied eines echten Verfahrensorgans hätte. In seiner Interaktion mit einem solchen informellen und rein beratenden Gremium muss der Insolvenzverwalter darauf achten, durch die Preisgabe interner Informationen nicht pflichtwidrig zu handeln.

(17) Der neue Gruppen-Gläubigerausschuss ist ein geeignetes Koordinationsinstrument in der Konzerninsolvenz. Er kann als „Informationsleitstelle“ wirken, bedeutet jedoch keinen Einflussgewinn der Gläubiger auf den Verfahrensablauf. Er entspricht daher dem hier entwickelten Involvierungsgedanken. Die Schwellenwerte des § 3a InsO können jedoch nicht allen Konzernstrukturen Rechnung tragen. Das Gericht am Gruppen-Gerichtsstand ist hier gehalten, auf eine ausgewogene Besetzung des Gruppen-Gläubigerausschusses zu achten.

Anhang

Staat	Insolvenzquote ø	Dauer	CPartI
Ireland	87,7	0,4	1
Japan	92,1	0,6	2
Canada	87,4	0,8	3
HongKong SAR, China	87,2	0,8	2
Singapore	88,7	0,8	1
Slovenia	89,2	0,8	1
Belgium	89,9	0,9	2
Finland	90,3	0,9	3
Norway	92,9	0,9	3
Australia	82,4	1	3
Denmark	88	1	2
Iceland	85	1	2
Malaysia	81,3	1	2
Solomon Islands	24,4	1	1
United Kingdom	88,6	1	2
Zambia	49,4	1	2
Austria	82,8	1,1	2
Jamaica	64,6	1,1	3
Netherlands	89,3	1,1	2
Germany	84,4	1,2	3
Algeria	50,8	1,3	1
New Zealand	83,4	1,3	2
Tunisia	52	1,3	1
Montenegro	48,6	1,4	2
Azerbaijan	39,6	1,5	1
Belarus	33,1	1,5	2
Cyprus	72,8	1,5	3
Kazakhstan	41,4	1,5	4
Korea, Rep	84,5	1,5	3
Kyrgyz Republic	34,3	1,5	0
Latvia	49,1	1,5	2
Macedonia, FYR	47,4	1,5	3

Staat	Insolvenzquote ø	Dauer	CPartI
Maldives	50	1,5	0
Mozambique	34,1	1,5	2
Spain	78,3	1,5	1
Thailand	67,7	1,5	3
United States	78,6	1,5	3
Botswana	64,8	1,7	1
China	36,9	1,7	1
Colombia	69,4	1,7	1
Mauritius	67,4	1,7	3
Sri Lanka	46,2	1,7	1
Tajikistan	35,9	1,7	0
Barbados	65,8	1,8	3
Bolivia	40,8	1,8	0
Fiji	46,4	1,8	2
Italy	63,9	1,8	2
Mexico	69,1	1,8	2
Uruguay	41,9	1,8	0
Armenia	36,2	1,9	1
France	78,5	1,9	1
Ghana	23,7	1,9	0
Indonesia	31,2	1,9	1
Taiwan, China	81,9	1,9	2
Afghanistan	26,5	2	1
Albania	42,3	2	2
Belize	55,5	2	2
Gambia, The	26,6	2	1
Georgia	39,5	2	1
Hungary	43	2	1
Israel	62,6	2	2
Kosovo	38,8	2	0
Luxembourg	43,7	2	1
Marshall Islands	17,1	2	0
Nepal	42,3	2	0
Nigeria	27,8	2	1
Palau	30,4	2	0
Portugal	74,2	2	3
Russian Federation	38,6	2	3

Staat	Insolvenzquote ø	Dauer	CPartI
Samoa	18,4	2	1
Serbia	32,5	2	2
Seychelles	38,8	2	2
South Africa	35,1	2	2
St Lucia	43	2	1
Sudan	31,7	2	0
Swaziland	38,3	2	2
Sweden	77,9	2	2
Uzbekistan	39,5	2	2
Czech Republic	66,5	2,1	2
Cote d'Ivoire	39	2,2	1
Nicaragua	34,9	2,2	3
Uganda	38,4	2,2	0
Djibouti	37,3	2,3	1
Lithuania	45	2,3	1
San Marino	47,2	2,3	0
Sierra Leone	10,9	2,3	2
Bahrain	42,3	2,5	1
Brunei Darussalam	47,2	2,5	0
Egypt, Arab Rep	27	2,5	2
Namibia	34,4	2,5	2
Panama	27,2	2,5	2
Puerto Rico US	70,5	2,5	3
Rwanda	19,2	2,5	3
Trinidad and Tobago	26,7	2,5	3
Lesotho	28,6	2,6	1
Malawi	12,3	2,6	1
Pakistan	43	2,6	2
Vanuatu	44,8	2,6	1
Philippines	21,3	2,7	3
Tonga	28	2,7	1
Argentina	22,6	2,8	1
Cameroon	15,8	2,8	1
Moldova	28,1	2,8	3
Qatar	30,4	2,8	1
Antigua and Barbuda	36,2	3	1
Bahamas, The	63,5	3	1

Staat	Insolvenzquote ø	Dauer	CPartI
Costa Rica	27,2	3	1
Estonia	40,3	3	4
Ethiopia	29,2	3	1
Guatemala	27,9	3	2
Guyana	18,4	3	1
Jordan	27,4	3	1
Lebanon	32,6	3	0
Liberia	8,5	3	0
Madagascar	11,4	3	1
Malta	40,7	3	3
Papua New Guinea	24,9	3	1
Poland	60,6	3	2
Senegal	23,4	3	1
Switzerland	46,6	3	4
Tanzania	21,1	3	2
Togo	30,8	3	1
Yemen, Rep	20,5	3	1
Croatia	33,7	3,1	2
Peru	30	3,1	3
Chile	33,5	3,2	3
United Arab Emirates	29	3,2	2
Bosnia and Herzegovina	37,3	3,3	3
Bulgaria	34,9	3,3	4
Congo, Rep	17,9	3,3	1
Romania	34,4	3,3	2
Zimbabwe	18	3,3	1
Dominican Republic	8,9	3,5	2
El Salvador	32,9	3,5	3
Greece	35,6	3,5	1
Morocco	28,1	3,5	0
Mali	24,8	3,6	1
Guinea	19,9	3,8	1
Honduras	18,2	3,8	1
Paraguay	20,5	3,9	2
Bangladesh	27	4	0
Benin	19,7	4	1
Brazil	15,8	4	3

Staat	Insolvenzquote ø	Dauer	CPartI
Burkina Faso	20,7	4	1
Chad	0	4	1
Dominica	28,7	4	2
Mongolia	17,1	4	2
Oman	38,6	4	1
Slovak Republic	55,6	4	3
Venezuela, RB	5,9	4	1
Syrian Arab Republic	12,7	4,1	1
Kuwait	32,9	4,2	1
India	26	4,3	1
Iran, Islamic Rep	17,9	4,5	1
Kenya	28,4	4,5	1
Turkey	18,5	4,5	2
Central African Republic	0	4,8	1
Burundi	7,4	5	1
Gabon	15	5	1
Myanmar	14,7	5	0
Niger	22,7	5	1
Suriname	8,3	5	2
Vietnam	21,6	5	0
Ecuador	17,7	5,3	1
Micronesia, Fed Sts	3,2	5,3	0
Cambodia	13,9	6	3
São Tomé and Príncipe	9,7	6,2	0
<i>Durchschnittliche Insolvenzquoten der Staaten, sortiert nach der durchschnittlichen Dauer der Verfahren.</i>			

Quelle: Weltbank, abrufbar unter: tcdata360.worldbank.org, zuletzt abgerufen am 30.08.2017.

Literaturverzeichnis

- American Bankruptcy Institute, Commission to study the reform of Chapter 11, Final Report and Recommendations, 2014 (zitiert: Final Report).
- Ampferl, Hubert/Kilper, Raik*, Die Pflicht des Gläubigerausschusses zur Prüfung von Geldverkehr und -bestand, ZIP 2015, 553–562.
- Antholz, Jan M.*, Zur Notwendigkeit der Objektivierung des Gläubigereinflusses bei der Verwalterauswahl, ZInsO 2012, 1189–1197.
- Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V., Kölner Schrift zur Insolvenzordnung Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne, Berlin, 2000 (zitiert: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl).
- Armour, John*, Legal Capital: An Outdated Concept, EBOR 2006, 5–27.
- Arnauld, Andreas von*, Rechtssicherheit Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006 (zitiert: Rechtssicherheit).
- Assmann, Heinz-Dieter/Kübler, Friedrich* (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Müller, Heidelberg, 1997 (zitiert: FG Kübler).
- Auge-Dickhut, Stefanie*, Der Aufsichtsrat als Intermediär Delegation von Kontrollaufgaben bei asymmetrischer Informationsverteilung, Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden, 1999 (zitiert: Aufsichtsrat).
- Augsberg, Ino*, „Das moralische Gefühl in mir“, Zu Kants Konzeption menschlicher Freiheit und Würde als Auto-Heteronomie, JZ 2013, 533–539.
- Augsberg, Steffen*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (zitiert: Rechtsetzung).
- Bachmann, Gregor*, Private Ordnung Grundlagen ziviler Regelsetzung, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006 (zitiert: Private Ordnung).
- Bachmann, Gregor/Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schild von Spannenberg, Michael Alexander* (Hrsg.), §§ 1–149, 3. Aufl., Beck, München, 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Spinder/Stilz AktG).
- Badura, Peter*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung Ein exemplarischer Leitfa-den, 3., neubearb. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2008 (zitiert: Wirtschaftsverfassung).
- Balz, Manfred*, Market Conformity of Insolvency Proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law, 23 Brooklyn Journal of International Law (1997), 167–180.
- Balz, Manfred/Landfermann, Hans-Georg* (Hrsg.), Die neuen Insolvenzgesetze, IDW-Verlag, Düsseldorf, 1995 (zitiert: Insolvenzgesetze).

- Bauer, Joachim*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht Zugleich zur Dogmatik gesetzlich geschaffener Gläubigerprivilegien am Beispiel des § 32 DepotG, § 13 c UStG und des Entwurfs der (vorigen) Bundesregierung eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung vom 10. August 2005, de Gruyter, Berlin, 2007 (zitiert: Ungleichbehandlung).
- Unzulässigkeit der Wiedereinführung eines Fiskusvorrechts im Insolvenzverfahren, ZInsO 2010, 1432–1437.
- Bauer, Peter M.*, Der Insolvenzplan, LIT-Verlag, Münster, 2009 (zitiert: Insolvenzplan).
- Bäumler, Helmut*, Abschied von der grundgesetzlich festgelegten „Wirtschaftsverfassung“, DÖV 1979, 325–329.
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 12. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1990 (zitiert: Konkursrecht).
- Beck, Siegfried/Depré, Peter* (Hrsg.), Praxis der Insolvenz Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater, 3. Auflage, 2017 (zitiert: Praxis der Insolvenz).
- Berger, Christian/Frege, Michael C.*, Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter?, ZIP 2008, 204–210.
- Berger, Christian/Frege, Michael C./Nicht, Matthias*, Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren – Entscheidungsfindung, Kontrolle und persönliche Haftung, NZI 2010, 321–332.
- Berger, Christian/Kayser, Godehard/Ganter, Hans Gerhard* (Hrsg.), Sanierung, Insolvenz, Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65. Geburtstag, Beck, München, 2010 (zitiert: FS Ganter).
- Berner, Susanne/Bartelsheimer, Hubertus/Schiebe, Robert*, Thema: Stellungnahme der Neuen Insolvenzverwaltervereinigung Deutschlands e.V. (NIVD e.V.) zum Diskussionsentwurf des BMJ für ein Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (DiskE Stand 3.1.2013), ZInsO 2013, 434–439.
- Bernitz, Ulf*, Nordic Legislative Cooperation in the New Europe – A Challenge for the Nordic Countries in the EU Perspective, 39 Scandinavian Studies in Law (2000), 29–42.
- What is Scandinavian Law?, Concept, Characteristics, Future, 50 Scandinavian Studies in Law (2007), 13–29.
- Beth, Stephan*, Zur Unverhältnismäßigkeit der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses gem. § 22a Abs. 3, 2. Alt. InsO, ZInsO 2012, 1974–1981.
- Bitter, Georg*, Sanierung in der Insolvenz – Der Beitrag von Treue- und Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg, ZGR 2010, 147–200.
- Blazy, Régis/Combiér, Jérôme*, La Défaillance d'Entreprise Causes économiques, traitement judiciaire et impact financier, 1. Aufl., INSEE, Paris, 1997 (zitiert: La Défaillance d'Entreprise).
- Blersch, Jürgen*, Zur Höhe der Vergütung für Mitglieder des Gläubigerausschusses und zu den Voraussetzungen für die Überschreitung des Regelstundensatzes, ZIP 2015, 1451–1452.
- Blum, Brian A.*, Bankruptcy and Debtor/Creditor, 4. Aufl., Aspen, New York, 2006 (zitiert: Bankruptcy).

- Bogs, Walter*, Autonomie und verbandliche Selbstverwaltung im modernen Arbeits- und Sozialrecht, RdA 1956, 1–9.
- Bork, Reinhard*, Rescuing companies in England and Germany, Oxford Univ. Pr, Oxford, 2012 (zitiert: Rescuing companies).
- Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014 (zitiert: Einführung).
 - Einführung in das Insolvenzrecht, 8., überarbeitete Auflage, 2017 (zitiert: Insolvenzrecht).
- Braß*, Rechtsvergleichende Betrachtungen zu einem neuen Konkursrecht, ZAkDR 1942, 329–330.
- Braun, Eberhard* (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO) Kommentar, 7. Aufl., Beck, München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Braun InsO).
- Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm*, Unternehmensinsolvenz Grundlagen, Gestaltungsmöglichkeiten, Sanierung mit der Insolvenzordnung, IDW-Verl., Düsseldorf, 1997 (zitiert: Unternehmensinsolvenz).
- Breidenstein, Matthias*, Zur Methodik der Verfahrensrechtsvergleichung Eine Erörterung am Beispiel der Tatsachenfeststellung im deutschen und europäischen Verfahren zur Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse von Unternehmen, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012 (zitiert: Verfahrensrechtsvergleichung).
- Brudermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen/Götz, Isabell/Grüneberg, Christian* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Band 7, 76., neubearbeitete Auflage, Redaktionsschluss: 15. Oktober 2016, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt BGB).
- Brinkmans, Christian*, Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen: Kritische Analyse und Anregungen aus der Praxis, ZIP 2013, 193–203.
- Bruyn, Benedikt de*, Der vorläufige Gläubigerausschuss im Insolvenzeröffnungsverfahren, 1. Aufl., RWS Verl. Kommunikationsforum, Köln, 2015 (zitiert: Gläubigerausschuss).
- BT-Drs. 12/2443, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO), 1992 (zitiert: BT-Drs. 12/24439).
- BT-Drs. 15/5092, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), 2005 (zitiert: BT-Drs. 15/5092).
- BT-Drs. 16/7251, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht (zitiert: BT-Drs. 16/7251).
- BT-Drs. 17/5712, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, 2011 (zitiert: BT-Drs. 17/5712).
- BT Drs. 18/407 Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (zitiert: BT-Drs. 18/407).

- BT Drs. 18/11436, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen (zitiert: BT Drs. 18/11436).
- Bumke, Christian/Röthel, Anne* (Hrsg.), *Autonomie im Recht* Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017 (zitiert: *Autonomie im Recht*).
- Bumke, Christian/Röthel, Anne/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), *Privates Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012 (zitiert: *Privates Recht*).
- Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts*, Bonn, 1988–1989 (zitiert: *Diskussionsentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts*).
- Burger, Anton/Burchhart, Anton*, *Financial Covenants statt Insolvenzordnung?*, Finanz-Betrieb 2001, 99–104.
- Busch, Peter*, Die Bestellung des Insolvenzverwalters nach dem Detmolder Modell, DZWIR 2004, 353–359.
- Buttermann, Ralf*, Die Fiktion eines Faktums, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2011 (zitiert: *Fiktion eines Faktums*).
- Bydlinski, Franz*, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, 1. Aufl., Springer, Wien, 1967 (zitiert: *Privatautonomie*).
- Carignan, Pierre*, Devices Which Tend to Assure the Administrative Autonomy of Creditors in Canadian Bankruptcy Law, 17 American Journal of Comparative Law (1969), 24–37.
- Centre for Business Research, University of Cambridge, CBR Extended Creditor Protection Index, John Armour, Viviana Mollica, Mathias Siems, Priya Lele, Tianshu Zhou, Kenji Hirooka, Theis Klauberg, Stephan Heidenhain, Nina Cankar, John Hamilton, and Pinar Akman (2009),
- Chalmers, M. D./Hough, E.*, *The Bankruptcy Act, 1883*, Waterlow & Sons, London, 1883 (zitiert: *The Bankruptcy Act, 1883*).
- Collier, William Miller/Gilbert, Frank B.* (Hrsg.), *The Law and practice in bankruptcy under the National Bankruptcy Act of 1898*, 13. Aufl., Bender, Albany, N.Y., 1923 (zitiert: *Collier on Bankruptcy*).
- Coquery, Natacha/Praquin, Nicolas*, *Règlement des faillites et pratiques judiciaires, De l'entre-soi à l'expertise du syndic* (1673–1889), *Histoire & Mesure* 2008, 43–83.
- Cork, Kenneth*, *Insolvency Law and Practice Report of the Review Committee*, Her Majesty's Stationery Office, London, 1982 (zitiert: *Report Insolvency Law*).
- Countryman, Vern*, A History of American Bankruptcy Law, 81 Commercial Law Journal (1976), 226–233.
- Cranshaw, Friedrich*, Haftung, Versicherung und Haftungsbeschränkung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses?, ZInsO 2012, 1151–1160.
- Cranshaw, Friedrich L./Portisch, Wolfgang/Knöpnadel, Ulf*, Aspekte der Haftung, der Versicherung und des Risikomanagements des Gläubigerausschusses – Teil 1, ZInsO 2015, 1–15.
- Creifelds, Carl/Weber, Klaus/Cassardt, Gunnar*, *Rechtswörterbuch*, 22., neu bearbeitete Auflage, 2017 (zitiert: *Rechtswörterbuch*).

- Dahl*, Michael, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Eröffnungsverfahren, NJW-Spezial 2011, 405–406.
- Damrau*, Jan, Selbstregulierung im Kapitalmarktrecht Eine rechtsökonomische Analyse der Normsetzung der deutschen Börsen und ihrer Träger, Tenea, Berlin, 2003 (zitiert: Selbstregulierung).
- Davydenko*, Sergei A./*Franks*, Julian R., Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany, and the U.K., 63 *The Journal of Finance* (2008), 565–608.
- Deakin*, Simon/*Mollica*, Viviana/*Sarkar*, Prabirjit, Varieties of creditor protection: insolvency law reform and credit expansion in developed market economies, *Socio-Economic Review* 2016, 1–26.
- Demsetz*, Harold, Toward a Theory of Property Rights, 57 *The American Economic Review* (1967), 347–359.
- Denninger*, Erhard, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1. Aufl., Nomos Verl.-Ges, Baden-Baden, 1990 (zitiert: Normsetzung).
- Derrida*, Fernand, Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires, in: *Procédures collectives et droit des affaires*, Morceaux choisis: mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat, Paris, 2000, 89–97.
- Donaldson*, Lex, The Ethereal Hand: Organizational Economics and Management Theory, 15 *Academy of Management Review* (1990), 369–381.
- Dorndorf*, Eberhard, Zur Dogmatik des Verfahrenszwecks in einem markadäquaten Insolvenzrecht, in: Gerhardt, Walter/Henckel, Wolfram/Kilger, Joachim u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992*, Köln, 1992, 31–47.
- Dürig*, Günter, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 1956, 117–157.
- Dutzi*, Andreas, Der Aufsichtsrat als Instrument der Corporate Governance Ökonomische Analyse der Veränderungen im Corporate-Governance-System börsennotierter Aktiengesellschaften, 1. Aufl., Deutscher Universitätsverlag, Wiesbaden, 2005 (zitiert: Aufsichtsrat als Instrument der Corporate Governance).
- Ehlers*, Harald, Teilnahme und Nutzen einer Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss, BB 2013, 259–264.
- Eickmann*, Dieter, Höchstpersönliches Verwalterhandeln oder Delegationsbefugnis?, KTS 1986, 197–207.
- Eidenmüller*, Horst, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz Mechanismen der Unternehmensreorganisation und Kooperationspflichten im Reorganisationsrecht, O. Schmidt, Köln (zitiert: Unternehmenssanierung).
- Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, ZIP 2002, 2233–2245.
 - Effizienz als Rechtsprinzip Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (zitiert: Effizienz).
- Eidenmüller*, Horst/*Frobenius*, Tilmann, Die internationale Reichweite eines englischen Scheme of Arrangement, WM 2011, 1210–1219.
- Epping*, Volker, Grundrechte, 7. Aufl., Springer, Berlin, Heidelberg, 2017 (zitiert: Grundrechte).

Erlei, Mathias/Leschke, Martin/Sauerland, Dirk, Neue Institutionenökonomik, Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 1999 (zitiert: Neue Institutionenökonomik).

Europarat (Hrsg.), La faillite et la liquidation judiciaire Actes; conférence organisée par le Conseil de l'Europe avec le soutien financier de la Japan Foundation; Palais de l'Europe, Strasbourg, 10–13 octobre 1994, Éd. du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996 (zitiert: La faillite et la liquidation judiciaire).

Fifoot, Cecil Herbert Stuart, History and sources of the Common Law Tort and contract, Stevens, London, 1949 (zitiert: History and sources).

Finch, Vanessa/Milman, David, Corporate insolvency law perspectives and principles, 3. Aufl., Cambridge University Press, Cambridge, 2017 (zitiert: Corporate insolvency law).

Fischhoff, Baruch, Hindsight is not equal to foresight, The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 1975, 288–299.

Fleischer, Holger, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685–692.

Fleischer, Holger/Harzmeier, Lars, Die actio pro socio im Personengesellschaftsrecht, ZGR 2017, 239–272.

Flessner, Axel, Sanierung und Reorganisation Insolvenzverfahren für Großunternehmen in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Untersuchung, Mohr, Tübingen, 1982 (zitiert: Sanierung und Reorganisation).

Flöther, Lucas F. (Hrsg.), Handbuch zum Konzerninsolvenzrecht, 1. Aufl., Beck, München, 2015 (zitiert: Handbuch Konzerninsolvenzrecht).

Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Springer, Berlin, 1979 (zitiert: AT).

Frege, Michael C., Die Rechtsstellung des Gläubigerausschusses nach der Insolvenzordnung (InsO), NZG 1999, 478–484.

Frege, Michael C./Keller, Ulrich/Riedel, Ernst/Schrader, Siegfried, Handbuch der Rechtspraxis Band 3: Insolvenzrecht, 8. Aufl., Beck, München, 2015 (zitiert: Handbuch RPrax Insolvenzrecht).

Frese, Erich (Hrsg.), Handwörterbuch der Organisation, 3., völlig neu gestaltete Aufl., Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 1992 (zitiert: Handwörterbuch der Organisation).

Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkard (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur Insolvenzordnung mit InsVV, 6. Edition, Beck, München, 2017 (zitiert: BeckOK InsO).

Frind, Frank, Die Praxis fragt, „ESUG“ antwortet nicht, Eine Exegese der wichtigsten „ESUG“-Auslegungsfragen mit Handlungsvorschlägen, ZInsO 2011, 2249–2261.

- Das „Anforderungsprofil“ gem. § 56 a InsO – Bedeutung und praktische Umsetzung, NZI 2012, 650–654.
- Der vorläufige Gläubigerausschuss – Rechte, Pflichten, Haftungsgefahren, Gläubigerverantwortung im Eröffnungsverfahren: haftungsrechtlicher „Schleudersitz“?, ZIP 2012, 1380–1387.

- Die Voraussetzungen zur Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses, ZInsO 2012, 2028–2037.
 - Aktuelle Anwendungsprobleme beim „ESUG“ – Teil II, Zu den Kompetenzen des Insolvenzgerichtes bei der Bildung des vorläufigen Gläubigerausschusses und der Veröffentlichung der vorläufigen Sachwaltung, ZInsO 2013, 279–288.
 - Probleme bei Bildung und Kompetenz des vorläufigen Gläubigerausschusses, BB 2013, 265–270.
 - Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09. 10. 2014 (IX ZR 140/11)–Zur Prüfungspflicht und Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses hinsichtlich Geldverkehr und -bestand des Insolvenzverwalters, ZWH 2015, 30–31.
- Fuchs*, Carl, Der deutsche Concursproceß, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1877 (zitiert: Concursproceß).
- Fürst*, Thomas, Prüfungs- und Überwachungspflichten im Insolvenzverfahren, DZWIR 2006, 499–502.
- Gamillscheg*, Franz, Anmerkung zu BGH im Urteil v. 19.09.1989, VI ZR 349/88, AuR 1990, 164–168.
- Ganter*, Hans Gerhard/*Gottwald*, Peter/*Lwowski*, Hans-Jürgen (Hrsg.), Haftung und Insolvenz Festschrift für Gero Fischer zum 65. Geburtstag, 1. Aufl., Beck, München, 2008 (zitiert: FS Fischer).
- Geismann*, Georg, Recht und Moral in der Philosophie Kants, 14 Jahrbuch für Recht und Ethik (2006), 3–124.
- Gerhardt*, Walter/*Henckel*, Wolfram/*Kilger*, Joachim/*Kreft*, Gerhart (Hrsg.), Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag am 3. Februar 1992, RWS Verl. Kommunikationsforum, Köln, 1992 (zitiert: FS Merz).
- Gerhardt*, Walter/*Kirchhof*, Hans-Peter (Hrsg.), Insolvenzrecht im Wandel der Zeit Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag, ZAP, Recklinghausen, 2003 (zitiert: FS Kirchhof).
- Gessner*, Volkmart/*Rhode*, Barbara/*Strate*, Gerhard/*Ziegert*, Klaus A., Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland Eine rechtssoziologische Untersuchung, Bundesanzeiger, Köln, 1978 (zitiert: Konkursabwicklung).
- Göb*, Marc Alexander (Hrsg.), Praxishandbuch Gläubigerausschuss Einsetzung, Aufgaben und Pflichten, Haftung, 1. Aufl., Beck, München, 2016 (zitiert: Gläubigerausschuss).
- Goette*, Wulf/*Habersack*, Mathias/*Kalss*, Susanne (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl. 2014, Beck, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKO AktG).
- Goldammer*, Theodor (Hrsg.), Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und zu dem Gesetze betr. die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen ... vom 9. Mai 1855, Berlin, 1858 (zitiert: Kommentar und Materialien KO).
- Gomard*, Bernhard, Skifteret, 2. Aufl., Juristforbundets Forlag, Kopenhagen, 1969 (zitiert: Skifteret).

- Gottwald*, Peter (Hrsg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, 5. Aufl., Beck, München, 2015 (zitiert: *Insolvenzrechts-Handbuch*).
- Grabitz*, Eberhard/*Hilf*, Meinhard/*Nettesheim*, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 58. EL, Beck, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Recht der EU*).
- Graeber*, Thorsten, Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, *NZI* 2003, 569–578.
- Graf*, Maurice, Der wichtige Grund iSd § INSO § 70 S. 1 InsO beim Eigenantrag des Gläubigerausschussmitglieds, *NZI* 2016, 757–763.
- Graf-Schlicker*, Marie Luise/*Remmert*, Andreas, Einführung in das finnische Insolvenzrecht, *NZI* 2003, 78–82.
- Gravenbrucher Kreis, Thesen des Gravenbrucher Kreises zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren in Deutschland, *ZInsO* 2016, 1296–1297.
- Gravenbrucher Thesen: Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren in Deutschland?, *ZIP* 2017, 203–204.
- Grell*, Frank/*Klockenbrink*, Ulrich, Verbesserung der Gläubigermittelbestimmung in Insolvenzverfahren, Chancen und Risiken eines Engagements im vorläufigen Gläubigerausschuss, *DB* 2013, 1038–1045.
- Gröniger*, Eva-Maria, Das französische Insolvenzsystem nach der Reform von 1967 im Vergleich zum deutschen Recht, Giesecking, Bielefeld, 1984 (zitiert: *Das französische Insolvenzsystem*).
- Grünewald*, Philipp, Mehrheitsherrschaft und insolvenzrechtliche Vorauswirkung in der Unternehmenssanierung, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: *Mehrheitsherrschaft*).
- Grunsky*, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, SGG, 2. Aufl., Giesecking, Bielefeld, 1974 (zitiert: *Grundlagen des Verfahrensrechts*).
- Grunsky*, Wolfgang/*Stürmer*, Rolf/*Walter*, Gerhard/*Wolf*, Manfred (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Baur*, 1. Aufl., Mohr, Tübingen, 1981 (zitiert: *FS Baur*).
- Gsell*, Beate/*Krüger*, Wolfgang/*Lorenz*, Stephan/*Mayer*, Jörg/*Budzikiewicz*, Christine/*Weller*, Marc-Philippe/*Wurmnest*, Wolfgang (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB*, Beck, München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Beck-OK BGB*).
- Gundlach*, Ulf/*Frenzel*, Volkhard/*Jahn*, Andreas, Die Haftungsfreistellung des Insolvenzverwalters durch eine Beschlussfassung des Gläubigerausschusses, *ZInsO* 2007, 363–366.
- Die Ausweitung des Aufgaben- und Haftungsbereichs des Gläubigerausschusses durch Beschluss der Gläubigerversammlung, *DZWIR* 2008, 441–444.
- Die Haftung der Gläubigerausschussmitglieder wegen Verletzung ihrer Überwachungspflicht, *ZInsO* 2009, 1095–1100.
- Die Kassenprüfung durch die Gläubigerausschussmitglieder, *ZInsO* 2009, 902–905.
- Gundlach*, Ulf/*Frenzel*, Volkhard/*Schmidt*, Nikolaus, Das befangene Gläubigerausschussmitglied, *ZInsO* 2005, 974–978.

- Die Einladung zur Sitzung des Gläubigerausschusses – zugleich ein Beitrag zu § 72 InsO, NZI 2005, 304–308.
 - Die GmbH als Gläubigerausschussmitglied, ZInsO 2007, 531–534.
- Gundlach, Ulf/Frenzel, Volkhard/Strandmann, Jens-Uwe*, Die Rechtsaufsicht des Insolvenzgerichts als Mittel der Begrenzung der Gläubigerautonomie, NZI 2008, 461–465.
- Gundlach, Ulf/Schmidt, Nikolaus*, Die Entlassung eines „beauftragten“ Rechtsanwalts aus dem Gläubigerausschuss, ZInsO 2008, 604–607.
- Gwyne, Kurt F.*, Intra-Committee Conflicts, Multiple Creditors’ Committees, Altering Committee Membership and Other Alternatives for Ensuring Adequate Representation under Section 1102 Of the Bankruptcy Code, 14 American Bankruptcy Institute Law Review (2006), 109–142.
- Haarmeyer, Hans*, Bestellung eines vorläufigen Gläubigerausschusses und die Auswahl seiner Mitglieder, ZInsO 2012, 2109–2117.
- Notwendige Professionalisierung von Gläubigerausschüssen – die Kehrseite des ESUG, ZInsO-Newsletter 2012, 9–10.
- Haarmeyer, Hans/Horstkotte, Martin*, Die „Einsetzungsbremsen“ des § 22a Abs. 3 InsO und ihre Umsetzung in die Praxis, ZInsO 2012, 1441–1449.
- Haarmeyer, Hans/Wutzke, Wolfgang/Förster, Karsten*, Gesamtvollstreckungsordnung GesO; Kommentar zur Gesamtvollstreckungsordnung – GesO und zum Gesetz über die Unterbrechung von Gesamtvollstreckungsverfahren – GUG, 4., wesentlich erw. Aufl., Verl. Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 1998 (zitiert: GesO).
- Handbuch zur Insolvenzordnung InsOEGInsO, 3., völlig neu bearb. Aufl., Beck, München, 2001 (zitiert: Handbuch Insolvenzordnung).
 - (Hrsg.), Handbuch der vorläufigen Insolvenzverwaltung, 1. Aufl., Beck, München, 2011 (zitiert: Vorläufige Insolvenzverwaltung).
- Haenecke, Hermann*, Zur Stellung eines Gläubigerausschußmitgliedes im Konkursverfahren, KTS 1983, 533–534.
- Hagerup, Francis*, Konkurs og akkordforhandling, 3. Aufl., Aschehoug, Kristiania, 1924 (zitiert: Konkurs).
- Hahn, Carl* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877 sowie zu dem Gesetze, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879, Decker, Berlin, 1881 (zitiert: Materialien zur Konkursordnung).
- Halila, Jouko*, Konkursrätten i huvuddrag, Finlands Juristförbunds Förlag, Helsingfors, 1981 (zitiert: Konkursrätten).
- Hänel, Robert*, Gläubigerautonomie und das Insolvenzplanverfahren, Spitz, Berlin, 2000 (zitiert: Gläubigerautonomie).
- Harner, Michelle M./Marincic, Jamie*, Committee Capture – An Empirical Analysis of the Role of Creditors’ Committees in Business Reorganizations, 64 Vanderbilt Law Review (2011), 747–810.

- Hasche*, Theodor, Erläuterung der Hamburgischen Fallitenordnung, Benjamin Gottlieb Hoffmann, Hamburg, 1797 (zitiert: Erläuterung der Hamburgischen Fallitenordnung).
- Hasselberg*, Gösta, Kompendium i svensk rättshistoria Samhällsutveckling och rättskällor från medeltid till nutid, Juristförlaget, Stockholm, 1989 (zitiert: Rättshistoria).
- Hax*, Herbert, Economic Aspects of Bankruptcy Law, ZgS 1985, 80–98.
- Heese*, Michael, Gläubigerinformation in der Insolvenz. Eine vergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen und deutschen Rechts zur Verbesserung des Gläubigerschutzes im Insolvenzverfahren, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Gläubigerinformation).
- Heeseler*, Markus/*Neu*, Peter, Plädoyer für die Professionalisierung des Gläubigerausschusses, NZI 2012, 440–446.
- Hefermehl*, Wolfgang/*Möhring*, Philipp (Hrsg.), Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag 4. September 1975, Beck, München, 1975 (zitiert: FS Möhring).
- Hegmanns*, Ekkehard, Der Gläubigerausschuss Eine Untersuchung zum Selbstverwaltungsrecht der Gläubiger im Konkurs, 1. Aufl., Kommunikationsforum, Köln, 1986 (zitiert: Gläubigerausschuss).
- Henckel*, Wolfram, Deregulierung im Insolvenzverfahren?, KTS 1989, 477–494.
- Henckel*, Wolfram/*Gerhardt*, Walter (Hrsg.), Jaeger Insolvenzordnung Großkommentar §§ 56–102 2, 1. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2007 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Jaeger GK InsO).
- Hess*, Harald/*Groß*, Paul/*Reill-Ruppe*, Nicole/*Roth*, Jan (Hrsg.), Insolvenzplan, Sanierungsgewinn, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz, 4. Aufl., Müller Verl.-Gruppe Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, Hamburg, 2015 (zitiert: Insolvenzplan).
- Hesse*, Günter, Der Property-Rights-Ansatz Eine ökonomische Theorie der Veränderung des Rechts?, 195 Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik (1980), 481–495.
- Heukamp*, Anna, Die gläubigerfreie Gläubigerversammlung, ZInsO 2007, 57–62.
- Hill*, Thomas E., Autonomy and Benevolent Lies, 18 The Journal of Value Inquiry (1984), 251–267.
- Kantian autonomy and contemporary ideas of autonomy, in: Sensen, Oliver (Hrsg.), Kant on moral autonomy, Cambridge, 2013, 15–31.
- Hinsch*, L. Christian/*Horn*, Norbert, Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite und Projektfinanzierungen, de Gruyter, Berlin, 1985 (zitiert: Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite, Bd. 2).
- Hirte*, Heribert, Zwischenruf, ESUG: Brauchen die Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses überhaupt eine Versicherung, ZInsO 2012, 820–821.
- Hoffmann*, Ina, Die Rolle der Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz Interdisziplinäre Betrachtungen zwischen Insolvenzrecht, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht, 1., Aufl., Kovac, Dr. Verlag, Hamburg, 2016 (zitiert: Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz).
- Hohloch*, Gerhard, Gläubigerpositionen in einem Sanierungsverfahren, ZIP 1982, 1029–1038.
- Holdsworth*, William, A History of English Law, 3. Aufl., Methuen & Co und Sweet & Maxwell, London, 1966 (zitiert: A History of English Law, Bd. 8).

- Holle*, Martin, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Normierungskonzepte im Lebensmittelrecht, Nomos, Baden-Baden, 2000 (zitiert: Normierungskonzepte).
- Hölzle*, Gerrit, Praxisleitfaden ESUG, RWS-Verl. Kommunikationsforum, Köln, 2012 (zitiert: Praxisleitfaden ESUG).
- Hopt*, Klaus J. (Hrsg.), Großkommentar Aktiengesetz §§ 95–117, 4., 4., neubearb. Aufl., De Gruyter Recht, Berlin, 2006 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GK AktG).
- Hopt*, Klaus J./Kumpan, Christoph/Merkt, Hanno/Roth, Markus (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 38. Aufl., Beck, München, 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt HGB).
- Huser*, Kristian, Gjeldsforhandling og Konkurs, Juristinformasjon, Bergen, 1987 (zitiert: Gjeldsforhandling Bd. I).
- Gjeldsforhandling og Konkurs, Juristinformasjon, Bergen, 1988 (zitiert: Gjeldsforhandling Bd. II).
- Ingelmann*, Thomas/Ide, Ulrich/Steinwachs, Torsten, Vorschlag einer Mustersatzung des Gläubigerausschusses, ZInsO 2011, 1059–1061.
- Ingensiep*, Hans Werner (Hrsg.), Philosophie der natürlichen Mitwelt Grundlagen – Probleme – Perspektiven; Festschrift für Klaus Michael Meyer-Abich, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2002 (zitiert: Philosophie der natürlichen Mitwelt).
- Ingensiep*, Hans Werner/Eusterschulte, Anne/Meyer-Abich, Klaus Michael (Hrsg.), Philosophie der natürlichen Mitwelt Grundlagen, Probleme, Perspektiven; Festschrift für Klaus Michael Meyer-Abich, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2002 (zitiert: Ingensiep/Eusterschulte (Hrsg.), Philosophie der natürlichen Mitwelt).
- Isensee*, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Duncker & Humblot, Berlin, 1968 (zitiert: Subsidiaritätsprinzip).
- Jacoby*, Florian, Das private Amt, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007 (zitiert: Das private Amt).
- Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, ZGR 2010, 359–384.
- Jacquemont*, André, Droit des entreprises en difficulté, 8. éd, LexisNexis, Paris, 2013 (zitiert: Droit des entreprises en difficulté).
- Jaeger*, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 1. Aufl., Guttentag, Berlin, 1911 (zitiert: Konkursordnung, Band 2, 1911).
- Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Aufl., Gruyter, 1932 (zitiert: Lehrbuch).
- Aus der Praxis des Konkurs- und Vergleichsverfahrens IX.: A. Wird der Konkursverwalter durch Beschlüsse der Gläubigerversammlung gebunden und persönlich entlastet?, KuT 1934, 1–2.
- Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7., de Gruyter, Berlin, 1936 (zitiert: Konkursordnung, Band 2, 1936).
- Janson*, Gunnar, Ökonomische Theorie im Recht Anwendbarkeit und Erkenntniswert im allgemeinen und am Beispiel des Arbeitsrechts, Duncker & Humblot, Berlin (zitiert: Ökonomische Theorie im Recht).

- Jellinek*, Georg, System der subjektiven öffentlichen Recht, 2. Aufl., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1963 (zitiert: System).
- Jones*, W. J., The Foundations of English Bankruptcy, Statutes and Commissions in the Early Modern Period, Transactions of the American Philosophical Society 1979, 1.
- Jungmann*, Carsten, Die Business Judgment Rule im Gesellschaftsinsolvenzrecht Wider eine Haftungsprivilegierung im Regelinsolvenzverfahren und in der Eigenverwaltung, NZI 2009, 80–86.
- Kalscheuer*, Fiete, Autonomie als Grund und Grenze des Rechts Das Verhältnis zwischen dem kategorischen Imperativ und dem allgemeinen Rechtsgesetz Kants, de Gruyter, Berlin, 2014 (zitiert: Autonomie).
- Kant*, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Reimer, Berlin, 1911 (zitiert: Gesammelte Schriften, Bd. 4, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten).
- Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Reimer, Berlin, 1911 (zitiert: Gesammelte Schriften, Bd. 4, Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre).
- Kaser*, Max/*Hackl*, Karl, Das römische Zivilprozessrecht, 2., vollst. überarb. und erw. Aufl./neu bearb. von Karl Hackl, Beck, München, 1996 (zitiert: Röm ZivProzR).
- Kästle*, Martina, Rechtsfragen der Verwendung von Covenants in Kreditverträgen, Duncker & Humblot, Berlin, 2003 (zitiert: Covenants in Kreditverträgen).
- Kayser*, Godehard/*Thole*, Christoph/*Depré*, Peter/*Lohmann*, Ilse (Hrsg.), Insolvenzordnung, 8., neu bearbeitete Auflage, 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK InsO).
- Keay*, Andrew/*Walton*, Peter, Insolvency Law Corporate and personal, 3. Aufl., Jordan, Bristol, 2012 (zitiert: Insolvency Law).
- Kindler*, Peter/*Nachmann*, Josef (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 4. Erg.-Lfg, Beck, München, 2014 (zitiert: Insolvenzrecht in Europa).
- Kirchhof*, Ferdinand, Private Rechtsetzung, Duncker & Humblot, Berlin, 1987 (zitiert: Private Rechtsetzung).
- Kirchhof*, Hans-Peter/*Stürner*, Rolf/*Eidenmüller*, Horst (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Beck, München (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo InsO).
- Kisch*, Wilhelm, Grundriss des deutschen Konkursrechts, 8. und 9., J. Bensheimer, Mannheim, 1930 (zitiert: Grundriss).
- Koch*, Jens (Hrsg.), Aktiengesetz Band 53, 12. Auflage, 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hüffer/Koch AktG).
- Kohler*, Josef, Lehrbuch des Konkursrechts, Enke, Stuttgart, 1891a (zitiert: Konkursrecht).
- Lehrbuch des Konkursrechts, Enke, Stuttgart, 1891b (zitiert: Konkursrecht).
- Kohler*, Marius, Die Entwicklung des schwedischen Zivilprozeßrechts eine rezeptionshistorische Strukturanalyse der Grundlagen des modernen schwedischen Verfahrensrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002 (zitiert: Entwicklung des schwedischen Zivilprozeßrechts).
- Kolbe*, Sebastian, Arbeitnehmer – Mitbestimmung im vorläufigen Gläubigerausschuss, NZI 2015, 400–405.

- Korch*, Stefan, Haftung und Verhalten Eine ökonomische Untersuchung des Haftungsrechts unter Berücksichtigung begrenzter Rationalität und komplexer Präferenzen, 1. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (zitiert: Haftung und Verhalten).
- Kort*, Michael, Vorstandshandeln im Spannungsverhältnis zwischen Unternehmensinteresse und Aktionärsinteressen, AG 2012, 605–610.
- Kräkel*, Matthias, Organisation und Management, 6., überarb. und erg. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (zitiert: Organisation).
- Kropff*, Bruno, Aktiengesetz, Institut der Wirtschaftsprüfer, Düsseldorf, 1965 (zitiert: Aktiengesetz).
- Kroppenberg*, Inge, Die Insolvenz im klassischen römischen Recht Tatbestände und Wirkungen außerhalb des Konkursverfahrens, Böhlau, Köln, Weimar, Wien (zitiert: Insolvenz im klassischen römischen Recht).
- Kübler*, Bruno M. (Hrsg.), Neuordnung des Insolvenzrechts, 1. Aufl., RWS-Verl. Kommunikationsforum, Köln, 1989 (zitiert: Neuordnung des Insolvenzrechts).
- Kübler*, Bruno M./*Prütting*, Hanns/*Bork*, Reinhard/*Holzer*, Johannes/*Pape*, Gerhard (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblattsammlung, 76. Erg.-Lfg., Verl. Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, Köln, 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO).
- Kulkin*, Bailey, Constructing Autonomy, 9 New York University Journal of Law & Liberty (2015), 375–458.
- Kumpan*, Christoph, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht Eine Untersuchung zur Fremdinteressenwahrung und Unabhängigkeit, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Interessenkonflikt).
- Kur*, Annette, Neuere Entwicklungen im Verbraucherschutzrecht der skandinavischen Länder, GRUR Int 1979, 510–522.
- Kusche*, Carolin, Die Anerkennung des Scheme of Arrangement in Deutschland, Heymanns, Köln, 2014 (zitiert: Anerkennung des Scheme of Arrangement).
- Lainné*, M. A., Commentaire Analytique de la Loi du 8 Juin 1838 sur les Faillites et Banqueroutes, Mémorial du Commerce, Paris, 1839 (zitiert: Commentaire Analytique).
- Lange*, Christoph, „Material Adverse Effect“ und „Material Adverse Change“-Klauseln in amerikanischen Unternehmenskaufverträgen, NZG 2005, 454–458.
- La Porta*, Rafael/*Lopez-de-Silanes*, Florencio/*Shleifer*, Andrei/*Vishny*, Robert W., Law and finance, 106 Journal of Political Economy (1998), 1113.
- Leibell*, Vincent L., The Chandler Act-Its Effect Upon the Law of Bankruptcy, 9 Fordham Law Review (1940), 380–409.
- Leipold*, Dieter (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, Heymann, Köln, 1991 (zitiert: Insolvenzrecht im Umbruch).
- Lele*, Priya P./*Siems*, Mathias M., Shareholder Protection: A Leximetric Approach, 7 Journal of Corporate Law Studies (2007), 17–50.
- Leonhardt*, Peter/*Smid*, Stefan/*Zeuner*, Mark (Hrsg.), Insolvenzordnung (InsO); Kommentar, 3., neu bearb. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2010 (zitiert: Insolvenzordnung).

- Lepa*, Brita, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, 1. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin, 2002 (zitiert: InsO und VerfR).
- Lieder*, Jan, Der Aufsichtsrat im Wandel der Zeit Leitlinien der geschichtlichen Entwicklung sowie der Fortentwicklung des deutschen Aufsichtsratssystems, JWV, Jena (zitiert: Aufsichtsrat).
- Lindencrone Petersen*, Lars/Ørgaard, Anders, Konkursloven Med kommentarer, 10. udg., 1. opl, Thomson, København, 2005 (zitiert: Konkursloven).
- Locré*, Jean Guillaume, Esprit du Code de Commerce, Paris, 1811 (zitiert: Esprit du Code de Commerce).
- LoPucki*, Lynn M., The Debtor in Full Control – Systems Failure under Chapter 11 of the Bankruptcy Code, 57 American Bankruptcy Law Journal (1983), 99.
- Lovesy*, C. W., The Bankruptcy Act, 1869, Knight & Company, London, 1870 (zitiert: The Bankruptcy Act, 1869).
- Lutter*, Marcus, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1–7.
- Lutter*, Marcus/*Ulmer*, Peter (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Schmidt, Köln, 1992 (zitiert: 100 Jahre GmbH-Gesetz).
- Magen*, Stefan, Zur Legitimation privaten Rechts, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen, 2012, 229–246.
- Manigk*, Alfred, Das rechtswirksame Verhalten, de Gruyter, Berlin, 1939 (zitiert: Verhalten).
- Mankowski*, Peter, Anerkennung englischer Solvent Schemes of Arrangement in Deutschland, WM 2011, 1201–1210.
- Marotzke*, Wolfgang, Gläubigerautonomie – ein modernes Missverständnis, in: Gerhardt, Walter/Kirchhof, Hans-Peter (Hrsg.), Insolvenzrecht im Wandel der Zeit, Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag, Recklinghausen, 2003, 321–354.
- Gläubigerautonomie – ein modernes Missverständnis, ZInsO 2003, 726–732.
- Mäsch*, Gerald, The Opera Ain't Over Till the Fat Lady Sings – ein englisches „scheme of arrangement“ vor dem BGH, IPRax 2013, 237–239.
- Matri*, Daniela, Covenants and Third-Party Creditors Empirical and Law & Economics Insights Into a Common Pool Problem, Springer, Berlin, 2017 (zitiert: Covenants).
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 75. EL, Beck, München, 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig GG).
- Medicus*, Dieter, „Geld muß man haben“, Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 1988, 489–510.
- Meier*, Anke, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877, 1. Aufl., Lang, Frankfurt am Main, 2002 (zitiert: Geschichte des deutschen Konkursrechts).
- Merkt*, Hanno, Der Kapitalschutz in europa – ein rocher de bronze?, ZGR 2004, 305–323.
- Merryman*, John Henry, The civil Law Tradition An introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America, University Press, Stanford, 1969 (zitiert: Civil Law Tradition).

- Metten*, Michael, Corporate Governance Eine aktienrechtliche und institutionenökonomische Analyse der Leitungsmaxime von Aktiengesellschaften, 1. Aufl., Gabler Verlag/GWV Fachverlage GmbH Wiesbaden, Wiesbaden, 2010 (zitiert: Corporate Governance).
- Michalski*, Lutz/*Heidinger*, Andreas/*Leible*, Stefan (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Aufl., Beck, München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Michalski GmbHG).
- Mill*, John Stuart, On Liberty, John W. Parker and Son, London, 1859 (zitiert: On Liberty).
- Mittermaier*, Carl Joseph Anton, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung, 2. Aufl., Bonn, 1832 (zitiert: Prozeß, Bd. 3).
- Mock*, Sebastian, Anmerkung zu LG Köln, Beschl. v. 13.2.2015 – 13 T 196/14 (74 IN 339/08), ZInsO 2015, 873–875.
- Mohr*, Jochen, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht Domesticizierung wirtschaftlicher Macht durch Inhaltskontrolle der Folgeverträge, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Vertragsfreiheit).
- Mohrbutter*, Harro/*Ringsteiner*, Andreas (Hrsg.), Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Heymanns, Köln, 2015 (zitiert: Handbuch Insolvenzverwaltung).
- Möschel*, Wernhard, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, 885–893.
- Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und dem Entwurf des Einführungsgesetzes., Berlin, 1874 (zitiert: Motive KO (1874)).
- Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, Band I, Decker, Berlin, 1873 (zitiert: Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, Bd. I).
- Band 2, Decker, Berlin, 1873 (zitiert: Motive zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung, Bd. II).
- Mucke*, Jörg, Negativerklärungen (Negative Pledge Clauses) als Instrument der Kreditsicherung, inhaltliche Anforderungen des deutschen Rechts, WM 2006, 1804–1810.
- Mülbert*, Peter O., Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129–172.
- Müller-Glöge*, Rudi/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 51, 17. Aufl., Beck, München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: ErfKo ArbR).
- Munch*, Mogens, Konkursloven af 1977 Med kommentarer, Gads Forlag, Kopenhagen, 1978 (zitiert: Konkursloven af 1977).
- Munch-Petersen*, Erwin, Skifteretten, G.E.C. Gads, Kopenhagen, 1956 (zitiert: Skifteretten).
- Musielak*, Hans-Joachim, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, de Gruyter, Berlin, 1975 (zitiert: Beweislast).
- Müsseler*, Jochen/*Rieger*, Martina (Hrsg.), Allgemeine Psychologie, 3. Auflage, Springer, Berlin, Heidelberg, 2017 (zitiert: Allgemeine Psychologie).
- Nerlich*, Jörg/*Römermann*, Volker (Hrsg.), Insolvenzordnung Kommentar, Bücher, Stand: April 2018, 35. Erg.-Lfg, Beck, München, 2018 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Nerlich/Römermann InsO).

- Neubert*, Klaus, Das neue Insolvenzeröffnungsverfahren nach dem ESUG, GmbHR 2012, 439–445.
- Neumann*, Friedrich, Die Gläubigerautonomie in einem künftigen Insolvenzverfahren Eine rechtsvergleichende Betrachtung, 1. Aufl., Gieseking, Bielefeld, 1995 (zitiert: Gläubigerautonomie).
- Niemeyer*, Christoph, Gläubigerbeteiligung im Regelinsolvenzverfahren Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und italienischen Recht, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2008 (zitiert: Gläubigerbeteiligung).
- Nordström*, Karin, Autonomie und Erziehung Eine ethische Studie, Orig.-Ausg, Alber, Freiburg, Br., München, 2009 (zitiert: Autonomie).
- Obermüller*, Manfred, Das ESUG und seine Auswirkungen auf das Bankgeschäft, ZInsO 2011, 1809–1821.
- Der Gläubigerausschuss nach dem „ESUG“, ZInsO 2012, 18–25.
- Oelrichs*, Carsten P., Gläubigermitwirkung und Stimmverbote im neuen Insolvenzverfahren, 1. Aufl., Heymann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999 (zitiert: Gläubigermitwirkung).
- Oldiges*, Thilo, Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgement Rule, 1. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2011 (zitiert: Haftung des Insolvenzverwalters).
- Olivecrona*, Karl, Bidrag till den Svenska concurslagstiftningens historia, Bonnier, Upsala, 1862 (zitiert: Concurslagstiftningens Historia).
- Konkursrätt, Juridiska Föreningen, Lund, 1942 (zitiert: Konkursrätt).
- Olson*, Mancur, Die Logik des kollektiven Handelns Kollektivgüter und die Theorie der Gruppen, Mohr, Tübingen, 1968 (zitiert: Kollektives Handeln).
- Opp*, Karl-Dieter, Die Entstehung sozialer Normen Ein Integrationsversuch soziologischer, sozialpsychologischer und ökonomischer Erklärungen, 1. Aufl., Mohr, Tübingen, 1983 (zitiert: Entstehung sozialer Normen).
- Österreichisches Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Entwurf einer Vergleichsordnung nebs Einführungsverordnung und Begründung, Wien, 1933 (zitiert: Entwurf Ö VO, 1933).
- Ott*, Claus (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts Beiträge zum 3. Trave-münder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Rechts, Physica-Verl., Heidelberg, 1993 (zitiert: Unternehmensrecht).
- Pape*, Gerhard, Die Gläubigerautonomie in der Insolvenzordnung, ZInsO 1999, 305–316.
- Rechtliche Stellung, Aufgaben und Befugnisse des Gläubigerausschusses im Insolvenzverfahren, ZInsO 1999, 675–683.
- Der verhinderte Insolvenzverwalter als Mitglied des Gläubigerausschusses, ZInsO 2002, 1017–1020.
- Ungeschriebene Kompetenzen der Gläubigerversammlung versus Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2006, 65–72.
- Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, ZInsO 2011, 1033–1041.

- Pape, Gerhard/Gundlach, Ulf/Vortmann, Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Gläubigerrechte Gläubigerautonomie, Gläubigerorgane, Aus- und Absonderungsrechte, Geschäftsführerhaftung, 2. Aufl., Heymann, Köln, 2011 (zitiert: Handbuch Gläubigerrechte).
- Pape, Gerhard/Schultz, Volker*, Die Pflichten der Mitglieder des Gläubigerausschusses im eröffneten Verfahren, ZIP 2015, 1662–1670.
- Der Gläubigerausschuss im Eröffnungsverfahren und im eröffneten Insolvenzverfahren mit Eigenverwaltung des Schuldners, ZIP 2016, 506–514.
- Pape, Gerhard/Uhlenbruck, Wilhelm/Voigt-Salus, Joachim*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Beck, München, 2010 (zitiert: Insolvenzrecht).
- Pasquay, Hans*, Die Rechtsstellung der Gläubigerversammlung im Konkurs und ihre Befugnisse, ZHR 1909, 409–442.
- Paulsen, Jens*, Insolvensret Konkurs, 1. udg., 1. opl, Thomson Reuters, København, 2010 (zitiert: Insolvensret).
- Paulus, Christoph*, Ein Kaleidoskop aus der Geschichte des Insolvenzrechts, JZ 2009, 1148–1155.
- Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht, 6. Aufl., Springer, Berlin, 2017 (zitiert: Zivilprozessrecht).
- Paulus, Christoph/Zenker, Wolfgang*, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1–9.
- Payne, Jennifer*, Schemes of arrangement theory, structure and operation, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2014 (zitiert: Schemes of arrangement).
- Petrovic, Radmila*, Die rechtliche Anerkennung von Solvent Schemes of Arrangement in Deutschland – Eine Chance für die Restrukturierungspraxis, ZInsO 2010, 265–272.
- Prauss, Gerold*, Kant über Freiheit als Autonomie, Klostermann, Frankfurt am Main, 1983 (zitiert: Kant über Freiheit).
- Procédures collectives et droit des affaires Morceaux choisis: mélanges en l’honneur d’Adrienne Honorat, Frison-Roche, Paris, 2000 (zitiert: Procédures collectives).
- Quasthoff*, Gedanken zum Konkursverfahren, JW 1935, 1668–1669.
- Reichsjustizministerium (Hrsg.), Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung), 1926 (zitiert: Entwurf VO 1926).
- (Hrsg.), Entwurf einer Vergleichsordnung 1933 nebst Einführungsgesetz und Begründung, Berlin, 1933 (zitiert: Entwurf VO, 1933).
- Rendels, Dietmar*, Zur Entlassung und Ernennung eines Gläubigerausschussmitglieds, EWiR 2003, 983–984.
- Renner, Moritz/Schmidt, Daniela*, Kollektiver Gläubigerschutz bei Covenants, ZHR 2016, 522–552.
- Reps, Markus*, Rechtswettbewerb und Debt Governance bei Anleihen Eine rechtsökonomische, -vergleichende und -politische Untersuchung, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Rechtswettbewerb).
- Reuter, Peter*, Einstimmig dabei: Verwalterauswahl in Gläubigerhand – nur in Grenzen?, INDat Report 2011, Nr. 3, Editorial.

- Rheinstein*, Max, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl., Beck, München, 1987 (zitiert: Einführung in die Rechtsvergleichung).
- Richardi*, Reinhard (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar, 5. Aufl., neu bearb. Aufl. des von Rolf Dietz zum BetrVG 1952 begr. und von Reinhard Richardi ab der 5. Aufl. 1973 fortgef. Kommentars, Beck, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Richardi (Hrsg.) BetrVG).
- Richter*, Rudolf/*Furubotn*, Eirik Grundtvig, Neue Institutionenökonomik Eine Einführung und kritische Würdigung, 4., überarb. und erw. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2010 (zitiert: Neue Institutionenökonomik).
- Ritgen*, Klaus, Vertragsparität und Vertragsfreiheit, JZ 2002, 114–121.
- Rogers*, Ralph E. (Hrsg.), 1935 Annual Cumulative Supplement to Collier on Bankruptcy, 13. Aufl., Matthew Bender & Company, New York, 1935 (zitiert: 1935 Annual Cumulative Supplement to Collier on Bankruptcy).
- Rolfs*, Christian/*Giesen*, Richard/*Kreikebohm*, Ralf/*Udsching*, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 44. Ed., Beck, München, 2017 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck-OK ArbR).
- Rothhaar*, Markus, Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts Eine rechtsphilosophische Rekonstruktion, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (zitiert: Menschenwürde als Prinzip des Rechts).
- Rühl*, Giesela, Statut und Effizienz Ökonomische Grundlagen des internationalen Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Statut und Effizienz).
- Runge*, Julia C., Covenants in Kreditverträgen Grenzen der Einflussnahme von Kreditgebern, RWS-Verl. Kommunikationsforum, Köln, 2010 (zitiert: Covenants in Kreditverträgen).
- Säcker*, Franz Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo BGB).
- Saint-Alary-Houin*, Corinne, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, Paris, 1995 (zitiert: Droit des entreprises en difficulté).
- Sappington*, David E. M., Incentives in Principal-Agent Relationships, 5 The Journal of Economic Perspectives (1991), 45–66.
- Savigny*, Friedrich Carl von, System des heutigen römischen Rechts, Veit, Berlin, 1840 (zitiert: System I).
- Sax*, Stefan/*Swierczok*, Artur, Die Anerkennung des englischen Scheme of Arrangement in Deutschland post Brexit, ZIP 2017, 601–607.
- Schäfer*, Hans-Bernd/*Ott*, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Springer Gabler, Berlin, Heidelberg, 2012 (zitiert: Ökonomischen Analyse).
- Scherhorn*, Gerhard, Freiheit im Mitsein, in: Ingersiep, Hans Werner/Eusterschulte, Anne/Meyer-Abich, Klaus Michael (Hrsg.), Philosophie der natürlichen Mitwelt, Grundlagen, Probleme, Perspektiven; Festschrift für Klaus Michael Meyer-Abich, Würzburg, 2002, 35–48.

- Schewe*, Gerhard, Unternehmensverfassung Corporate Governance im Spannungsfeld von Leitung, Kontrolle und Interessenvertretung, 3., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Springer Gabler, Berlin, Heidelberg, 2015 (zitiert: Unternehmensverfassung).
- Schilken*, Eberhard/*Gerhardt*, Walter (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, RWS Verl. Kommunikationsforum, Köln, 2004 (zitiert: FS Gerhardt).
- Schimansky*, Herbert/*Bunte*, Hermann-Josef/*Lwowski*, Hans-Jürgen (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., Beck, München, 2017 (zitiert: Bankrechts-Handbuch).
- Schmidt*, Andreas (Hrsg.), Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht InsO, EuInsVO, EG-InsO (Auszug), InsVV, VbrInsFV, InsOBekV, Insolvenzstrafrecht, 5. Aufl., Heymann, Köln, 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HamKo InsO).
- Schmidt*, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4., völlig neu bearb. und erw. Aufl., Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 (zitiert: Gesellschaftsrecht).
- (Hrsg.), Insolvenzordnung InsO mit EuInsVO, 27, 19. Aufl., Beck, München, 2016 (zitiert: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt InsO).
- Schmidtbleicher*, Roland, Die Anleihegläubigermehrheit Eine institutionenökonomische, rechtsvergleichende und dogmatische Untersuchung, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Anleihegläubigermehrheit).
- Schmitz*, Winfried F. (Hrsg.), Rescue of companies The role of shareholders, creditors, and the administrator, 1. publ, Kluwer Law International, London, 1998 (zitiert: Rescue of companies).
- Schmolke*, Klaus Ulrich, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Grenzen der Selbstbindung).
- Schnorr*, Gerhard, Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 1966, 327–334.
- Shubert*, Werner, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Keip, Frankfurt am Main, 1984 (zitiert: Protokolle I).
- Shubert*, Werner/*Hommelhoff*, Peter (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht Eine Samml. von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit 2 Einf., 1. Aufl., de Gruyter, Berlin, 1985 (zitiert: 100 Jahre modernes AktR).
- Shumacher*, Thomas, Corporate Governance und die Insolvenz der Unternehmung, 2013 (zitiert: CG und Insolvenz).
- Sensen*, Oliver (Hrsg.), Kant on moral autonomy, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2013 (zitiert: Sensen (Hrsg.), Kant on moral autonomy).
- Seuffert*, Lothar von, Deutsches Konkursprozessrecht, Duncker & Humblot, Leipzig, 1899 (zitiert: Konkursprozessrecht).
- Sgard*, Jérôme, Do legal origins matter?, The case of bankruptcy laws in Europe 1808–1914., European Review of Economic History 2006, 389–419.
- Siegel*, Theodor, Zeitwertbilanzierung für das deutsche Bilanzrecht?, BFuP 1998, 593–603.
- Siemon*, Klaus, Das Konzept für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, NZI 2016, 57–63.

- Siemon*, Klaus/*Harder*, Phillip-Boie, Die Evaluation des Chapter 11 und des Deutschen Eigenverwaltungsverfahrens, Neujustierung des deutschen Eigenverwaltungsverfahrens nach Erfahrungen aus den USA?, NZI 2016, 434–440.
- Simon*, Rudolph, Grundzüge des neuen preußischen Concurs-Rechts und Concurs-Verfahrens unter Hervorhebung des wesentlichen Abweichungen vom alten Rechte, Horvath, Potsdam, 1856 (zitiert: Preußisches Concurs-Recht).
- Skrotzki*, A., Zur Regresshaftung des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses, KTS 1967, 142–148.
- Smid*, Stefan, Kritische Anmerkungen zu § 21 Abs. 2 Nr. 1a InsO n.F., ZInsO 2012, 757–769.
- Gerichtsverfassungsrechtliche Fragen zum künftigen Konzerninsolvenzrecht, ZInsO 2016, 1277–1285.
- Smid*, Stefan/*Rattunde*, Rolf/*Martini*, Torsten, Der Insolvenzplan Handbuch für das Sanierungsverfahren gemäß §§ 217 bis 269 InsO mit praktischen Beispielen und Musterverfügungen, 3., vollst. überarb. und erw. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2012 (zitiert: Insolvenzplan).
- Söderlund*, Jenny, Konkursrätten Om konkursboet ses en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar, Iustus Förl, Uppsala (zitiert: Konkursrätten).
- Spindler*, Gerald, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 2006, 839–850.
- Spindler*, Gerald/*Berner*, Olaf, Der Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht nach Inspire Art, RIW 2004, 7–16.
- Sponagel*, Maximilian, Gläubigerinformation im Insolvenzverfahren, DZWIR 2011, 270–276.
- Stein*, Eberhard, Die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses im Konkursverfahren und des Gläubigerbeirats im Vergleichsverfahren, KTS 1957, 109–112.
- Steinwachs*, Torsten/*Vallender*, Heinz/*Cranshaw*, Friedrich (Hrsg.), Der Gläubigerausschuss in der Insolvenz des Firmenkunden Mitwirkungsrechte – Steuerungsmöglichkeiten – Haftung – Vergütung, 2. Aufl., Finanz Colloquium Heidelberg, Heidelberg, 2014 (zitiert: Gläubigerausschuss).
- Stephan*, Kevin, Das Bankgeheimnis im Insolvenzverfahren, WM 2009, 241–249.
- Stober*, Rolf, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht Grundlagen des Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts, 15., völlig neu bearb. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart, 2006 (zitiert: Wirtschaftsverwaltungsrecht AT).
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2., überarb. Aufl., BWV Berliner Wiss.-Verl., Berlin, 2011 (zitiert: Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- Swierczok*, Artur, Das englische Scheme of Arrangement und seine Rezeption in Deutschland, Nomos, Baden-Baden, 2013 (zitiert: Scheme of Arrangement und Rezeption).
- Tabb*, Charles Jordan, The History of the Bankruptcy Laws in the United States, 3 American Bankruptcy Institute Law Review (1995), 5–52.
- Teubner*, Gunther, Unternehmensinteresse – das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens „an sich“, ZHR 1984, 470–488.

- Thießen*, Friedrich, Covenants in Kreditverträgen – Alternative oder Ergänzung zum Insolvenzrecht?, ZBB 1996, 19–37.
- Thole*, Christoph, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010 (zitiert: Gläubigerschutz).
- Sanierung mittels Scheme of Arrangement im Blickwinkel des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, ZGR 2013, 109–163.
- Thümmel*, Roderich C., Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D & O-Versicherung, 4., völlig neu bearb. Aufl., Boorberg, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2008 (zitiert: Persönliche Haftung).
- Tilch*, Horst (Hrsg.), Münchener Rechts-Lexikon, 2. Aufl., 1987 (zitiert: Münchener Rechts-Lexikon, Bd. 2).
- Tirole*, Jean, The theory of corporate finance, Princeton Univ. Press, Princeton, NJ u.a, 2006 (zitiert: Theory of Corporate Finance).
- Towfigh*, Emanuel Vahid/*Petersen*, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht Eine Einführung für Juristen, 2., überarbeitete und aktualisierte Auflage, 2017 (zitiert: Ökonomische Methoden).
- Trams*, Kai, Rechte und Pflichten des Gläubigerausschussmitglieds, NJW-Spezial 2009, 181–182.
- Uffmann*, Katharina, Interim Management, Mohr Siebeck, Tübingen (zitiert: Interim Management).
- Uhlenbruck*, Wilhelm, Grenzen der Mitwirkung von Gläubigerausschuß und Gläubigerbeirat im Insolvenzverfahren, BB 1976, 1198–1202.
- (Hrsg.), Einhundert Jahre Konkursordnung 1877–1977; Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, 1. Aufl., Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1977 (zitiert: Einhundert Jahre Konkursordnung).
 - Das neue Insolvenzrecht Insolvenzordnung und Einführungsgesetz nebst Materialien; mit Praxishinweisen; Text- und Dokumentationsband, Verl. für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne, 1994 (zitiert: Das neue Insolvenzrecht).
 - Kompetenzverteilung und Entscheidungsbefugnisse im neuen Insolvenzverfahren, WM 1999, 1197–1204.
 - Ausgewählte Pflichten und Befugnisse des Gläubigerausschusses in der Insolvenz, ZIP 2002, 1373–1381.
 - Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1–5.
 - (Hrsg.), InsO Kommentar, 14. Aufl., Vahlen, München, 2015 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck InsO).
- Ulmer*, Peter/*Habersack*, Mathias/*Löbbe*, Marc (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung §§ 29 bis 52, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2014 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe GmbHG, Bd. II).
- Ulrich*, Stephan, Einführung in das französische Insolvenzrecht, ZInsO 2006, 64–69.

- Vallansan*, Jocelyne, *Difficultés des entreprises Commentaires article par article du livre VI du Code de commerce*, 5. éd, LexisNexis Litec, Paris, 2009 (zitiert: *Difficultés des entreprises*).
- Vallender*, Heinz, *Rechtsstellung und Aufgaben des Gläubigerausschusses*, WM 2002, 2040–2049.
- Vortmann*, Jürgen, *Die Haftung von Mitgliedern eines Gläubigerausschusses*, ZInsO 2006, 310–314.
- Wallner*, Christoph/*Neuenhahn*, Stefan, *Ein Zwischenbericht zur Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters – Gratwanderung zwischen Fortführungs- und Einstandspflicht*, NZI 2004, 63–68.
- Wallner*, Jürgen, *Wann ist die Eigenverwaltung die richtige Verfahrensart?*, ZIP 2015, 997–1006.
- Waltermann*, Raimund, *Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie*, Mohr, Tübingen (zitiert: *Betriebsvereinbarung*).
- Weber*, Friedrich, *Fragen der Gestaltung des Konkursverfahrens in rechtspolitischer und rechtsvergleichender Sicht*, KTS 1959, 80–88.
- Welamson*, Lars, *Konkursrätt*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1961 (zitiert: *Konkursrätt*).
- Welamson*, Lars/*Mellqvist*, Mikael, *Konkurs och annan insolvensrätt*, 11. Aufl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013 (zitiert: *Konkurs*).
- Werres*, Stefan, *Grundrechtsschutz in der Insolvenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007 (zitiert: *Grundrechtsschutz*).
- Wieacker*, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967 (zitiert: *Privatrechtsgeschichte*).
- Wiedemann*, Herbert, *Gesellschaftsrecht Band 1: Grundlagen*, Beck, München, 1980 (zitiert: *Gesellschaftsrecht*, Bd. 1).
- Wiker*, Håvard/*Ro*, Knut, *Konkursloven Kommentarutgave*, Univ.-Forl, Oslo, 2003 (zitiert: *Konkursloven*).
- Wilhelmi*, Rüdiger, *Das Mindestkapital als Mindestschutz – eine Apologie im Hinblick auf die Diskussion um eine Reform der GmbH angesichts der englischen Limited*, GmbHR 2006, 13–24.
- Wimmer*, Klaus, *Das neue Insolvenzrecht nach der ESUG-Reform*, 1. Aufl., Luchterhand, Köln, 2012 (zitiert: *Das neue Insolvenzrecht*).
- *Gläubigerautonomie und Insolvenzanfechtung*, ZIP 2013, 2038–2041.
- Wischemeyer*, Markus, *Besonders bedeutsame Rechtshandlungen bei fehlender Bedeutung für die Insolvenzmasse?*, ZInsO 2016, 2460–2464.
- Wood*, Philip, *International loans, bonds, guarantees, legal opinions*, 2. Aufl., Sweet & Maxwell, London, 2007 (zitiert: *International loans, bonds, guarantees, legal opinions*).
- Wroblewski*, Andrej, *Das „ESUG“ aus Arbeitnehmersicht – erster Teil*, AuR 2012, 188–194.
- *Arbeitnehmervertreter im (vorläufigen) Gläubigerausschuss*, ZInsO 2014, 115–119.

- Würdinger*, Hans, Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, Enke, Stuttgart, 1934 (zitiert: Interessengemeinschaften).
- Zalta*, Edward N. (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2015 Edition), Edward, Spring 2015 Edition, Center for the Study of Language and Information (CSLI), Stanford University, 2015 (zitiert: Stanford Encyclopedia of Philosophy).
- Zierau*, Britta, Die Stellung der Gläubiger im französischen Sanierungsverfahren im Hinblick auf die Entwicklung des deutschen Insolvenzrechts, Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1991 (zitiert: Gläubiger im französischen Sanierungsverfahren).
- Zimmer*, Frank Thomas, Die Vergütung der Mitglieder des Gläubigerausschusses, ZIP 2013, 1309–1318.
- Zimmermann*, Christian, Haftung und Versicherung im Insolvenzverfahren, NZI 2006, 386–389.
- Zimmermann*, Franc, Beschlussfassung des Gläubigerausschusses/der Gläubigerversammlung bzgl. besonders bedeutsamer Rechtshandlungen (§ 160 InsO), ZInsO 2012, 245–249.
- Zipes*, Greg M./*Lambert*, Lisa L., Creditors' Committee Formation Dynamics: Issues in the Real World, 77 American Bankruptcy Law Journal (2003), 229–256.
- Zipperer*, Helmut, Die Insolvenz – historische, literarische und philosophische Aspekte des wirtschaftlichen Scheiterns, NJW 2016, 750–755.
- Zuck*, Rüdiger, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, Beck, München, 1968 (zitiert: Subsidiaritätsprinzip).
- Zuleger*, Ralf, Was wollen Gläubiger?, NZI 2011, 136–137.
- Zweigert*, Konrad, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 1949/50, 5–21.
- Zweigert*, Konrad/*Kötz*, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Mohr, Tübingen, 1996 (zitiert: Einführung in die Rechtsvergleichung).

Stichwortverzeichnis

- Abwahlbefugnis 154 ff.
- actio pro socio 68
- action sociale ut singuli 68
- administrateur judiciaire 67
- administrative receivership 55
- Agenturkosten 103
- American Bankruptcy Institute 61
- Amtswegiger Ausschuss 111 f.
- Antragsausschuss 110 f.
- Aufsichtsrat 102 ff.
- Auskunftsrechte 156 ff.
 - gegen Insolvenzverwalter 156 ff.
 - gegen Schuldner 158 f.
- Autonomie
 - äußere 20
 - der Gläubigermehrheit 37
 - innere 20, 24 f.
 - moralphilosophische 18 ff.
 - Präferenzautonomie 41
 - rechtliche 21 ff.
- Bankruptcy Act 1831 53
- Bankruptcy Act 1898, USA 59 f.
- Betriebsrat 107 ff.
- Board of Trade, England 54
- Brexit 58
- Business Judgement Rule 174 ff.
- Chandler Act 60
- Chapter 7 60
- Chapter 11 60 ff., 99
- civil law 49
- Code de Commerce 66
- common law 33, 49, 53 f.
- Companies Act 1862 54
- Company Voluntary Agreements 55
- Compulsory Liquidations 55
- Corporate Governance 102 ff.
- Court of Bankruptcy, England 53
- Covenants 62 f.
- Cram Down 57 f.
- Creditor Participation Index 52
- creditors' rights 33
- Creditors' Voluntary Liquidations 55
- Cross Default-Klausel 64 f.
- Dänemark 73, 75 f.
- Delegation 102, 121, 137 f., 173
- Deregulierung 34
- Dispositionsgrundsatz 79
- Eigentumsrecht 82 ff.
- England (*siehe auch* Vereinigtes Königreich) 53 ff., 75 f.
- Ersetzungskompetenz
 - der Gläubigerversammlung 119 ff.
 - des Gläubigerausschusses 121 f.
- ESUG 126 f.
- Fallitenordnung, Hamburger 43
- Finnland 71 f., 75 f.
- Floating Charges 55, 74
- Frankreich 36, 42, 50, 65 ff., 75 f.
- free rider problem *siehe* Trittbrettfahrerproblem
- Gant 43
- Gegenpapst-Modell 129
- Gerichtsordnung, Allgemeine 46 f.
- Gläubigerausschuss
 - amtswegiger 111
 - Antragsausschuss 110
 - endgültiger 113
 - Ersetzungskompetenz 121
 - Gruppengläubigerausschuss 113
 - Interimsausschuss 112
 - Pflichtausschuss 109
 - Praxis 114 ff.
 - Zusammensetzung 131 ff.
- Gläubigerautonomie
 - allgemeine 25 ff.
 - Eigentumsrecht 82 ff.

- Entwicklung 41 ff.
- Insolvenzquote 75 ff.
- insolvenzrechtliche 35 ff.
- legislative Zielbestimmung 17, 20, 24, 41, 46 ff.
- verfassungsrechtliche Grundlage 78 ff.
- Gläubigerbeirat 181 f.
- Gläubigerrechte 33 f., 35, 45, 47, 50, 149, 176
- Gläubigerschutz 31 ff., 51
- Gläubigerselbstverwaltung 30 f.
- Gläubigerversammlung 29, 35, 38 f., 47, 94, 97 ff., 117 ff., 133, 152, 167
- Dänemark 73
- England 55
- Ersetzungscompetenz 119 ff.
- Norwegen 72
- going concern 28
- Gruppen-Gläubigerausschuss 113 f., 184 ff.
- Haftung 186 f.
- Kooperationspflicht 187 ff.
- Mitgliedschaft 188 f.

Haftung

- Abdingbarkeit 179 ff.
- Erlassvertrag 181
- Grundlagen 169 ff.
- Unentgeltlichkeit 180 f.
- Heteronomie 19 f., 107
- High Court 53
- Höchstpersönlichkeit 137 ff.
- House of Commons 59

- Individualinteresse 32, 95 ff.
- Informationsasymmetrie 62, 102
- Insolvenzgericht 124 f.
- Insolvenzordnung 16, 25, 35, 42 ff.
- Leistungsfähigkeit 75 ff.
- Insolvenzquote 49, 51 ff., 75 ff., 93
- Insolvenzschuldner 125
- Insolvenzverfahren
 - ausländische 48 ff.
 - Entwicklung 41 ff.
 - Praxis 114 ff.
- Insolvenzverwalter 97 ff., 122 ff., 136 ff., 140 Fn. 737, 156 ff.
- Finnland 71
- Frankreich 67

- Interimsausschuss 112 f.
- Internalisierungsthese 98 f.
- Involvierungsgedanke 90 ff., 186, 188
- Italien 42 ff.

Jellinek 23 f.

- Kant** 18 ff.
- Kassenprüfung 39, 116, 121, 137 ff., 157, 171
- Kategorischer Imperativ 19, 21
- Kohler 42
- Kollektivinteressenvertretung 68, 95 ff.
- Konkurs 41 ff.
 - Deutschland 41 ff.
 - Österreich 44, 47
- Konkursordnung 109, 115, 117 f.
 - 1877 44, 46 f., 112, 151 f.
 - gemeines Recht 43
 - Preußische 46, 106

Leximetrie 50 ff.

- Liquidation
 - England 55 ff.
 - USA, Chapter 7 60
- Liquidation Committee 55
- Logik des kollektiven Handelns 100

- magister bonorum 42
- mandataire judiciaire 68
- Marktversagen 29
- Material Adverse Change-Klausel 64
- missio in bona 42, 44
- Mitgliedschaft 127 ff.
 - Allgemeine Voraussetzungen 128 ff.
 - Gewerkschaftsvertreter 145 ff.
 - Gruppen-Gläubigerausschuss 188 f.
 - Haftung *siehe* Haftung
 - Insolvenz des Mitglieds 133 ff.
 - Juristische Person 132 ff.
 - Pflichten 164 ff., 179 f.
 - Stellvertretung 136 ff.
- monitoring 100
- Moralphilosophie 18 ff.

- Negative Pledge-Klausel 63, 65
- Norwegen 71 ff., 75 f.

- Official Assignee, England** 53 f.
Official Receiver, England 54 f.
Ökonomische Analyse 96 ff.
Ordonnance pour le Commerce 66
- par conditio creditorum** 85
Pari Passu-Klausel 63
Pflichtausschuss 109 f.
Pflichten d. Mitglieder *siehe* Mitgliedschaft
Präferenzautonomie 41
principal agent-Theorie 98, 102 ff
Privatautonomie 21, 23, 26 ff., 86 ff.
property rights-Theorie 97 f.
- Rechtsgeschäfte**
 – des Schuldners 38, 165
 – des Verwalters 123
 – höchstpersönliches 139
 – Unwirksamkeit 23 ff.
redressement judiciaire, Frankreich 66
- Salgado de Samoza** 42 f.
Savigny 19 ff.
Scheme of Arrangement 55, 56 ff.
 – „eingebettete“ 57
Schweden 70 f., 75 f.
Skandinavien 69 ff.
Spanien 42 ff.
- status negativus** 23 f.
Stellvertretung 136 ff.
Subsidiaritätsprinzip 88 f.
Sysselman, Schweden 70
- Trittbrettfahrerproblem** 100 f.
Trustee
 – England 54
 – USA 59 f.
- Übermaßverbot** 86, 89
USA 59 ff., 75 f.
- Valuation Information Package** 62, 158
venditio bonorum 42
Vereinigtes Königreich (*siehe auch* England) 50 f.
Verfahren, publizistisches 43 f.
Verfassungsrecht 78 ff.
Vergleichsordnung 47 f.
Vergütung 161 ff.
Verwalterbestellung 153 f.
Verwaltung 30 f., 89
- Winding up-Verfahren** 54 f.
Wirtschaftsverfassung 89
- Zustimmungsrechte** 159 ff.