

Zur Stellung gesamtschuldnerisch oder akzessorisch Mithaftender im Insolvenzverfahren

Inhaltsübersicht

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">I. Einleitung und AbgrenzungenII. Das Forderungsrecht des Insolvenzgläubigers<ul style="list-style-type: none">1. Geltendmachung während der Dauer des Insolvenzverfahrens<ul style="list-style-type: none">a) Grundsatzb) Nachträgliche Teilzahlungen und nachträgliche Vollzahlungenc) Teilweise Mithaftungd) Überzahlungene) Besonderheiten bei Mithaftung eines Gesellschafters?2. Wirkungen eines bestätigten Insolvenzplanes<ul style="list-style-type: none">a) Grundsatzb) Besonderheiten bei Mithaftung eines Gesellschafters3. Wirkungen einer Restschuldbefreiung | <ul style="list-style-type: none">III. Die Rechtsstellung von Gesamtschuldner und akzessorisch Mithaftenden als Gläubiger des Insolvenzschuldners<ul style="list-style-type: none">1. Gesamtschuldner und Bürge als Insolvenzgläubiger2. Geltendmachung von Ausgleichs- und Rückgriffsansprüchen durch den Regreßberechtigten im Insolvenzverfahren<ul style="list-style-type: none">a) Geltendmachung neben einer Verfahrensteilnahme des Hauptgläubigersb) Geltendmachung ohne Verfahrensteilnahme des Hauptgläubigers3. Wirkungen eines bestätigten Insolvenzplanes und der RestschuldbefreiungIV. Beschränkte Teilnahmerechte von Gesamtschuldner und akzessorisch Mithaftendem im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mit- bzw. Hauptschuldners? |
|--|--|

I. Einleitung und Abgrenzungen

Nach § 1 InsO ist ein Ziel des Insolvenzverfahrens, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. Als Haftungsobjekt steht den Gläubigern dabei grundsätzlich das gesamte Vermögen ihres gemeinsamen Schuldners zur Verfügung, das diesem zur Zeit der Verfahrenseröffnung gehört und das er während des Insolvenzverfahrens hinzu erwirbt (Insolvenzmasse, § 35 InsO). Das Insolvenzverfahren betrifft insofern die aus der Masse zu erfüllenden Insolvenzforderungen und damit das unmittelbare Rechtsverhältnis zwischen dem insolventen Schuldner und seinen Insolvenzgläubigern¹. In dieser

¹ Aus der Insolvenzmasse sind freilich auch die Masseverbindlichkeiten zu berichtigen (§ 53 InsO), so daß insoweit auch das Verhältnis zwischen Massegläubigern

Beziehung überlagert und modifiziert das Insolvenzrecht das allgemeine materielle Zivilrecht und Zivilverfahrensrecht in vielerlei Hinsicht². So können etwa Insolvenzgläubiger in Verwirklichung des insolvenzrechtlichen Prinzips der Gläubigergleichbehandlung (*par condicio creditorum*)³ ihre Forderungen nur nach den besonderen Bestimmungen über das Insolvenzverfahren, nicht aber im Wege der Einzelklage verfolgen (§ 87 InsO); eine Zwangsvollstreckung zugunsten einzelner Insolvenzgläubiger ist während des Verfahrens nicht zulässig (§ 89 InsO). Der Schuldner seinerseits kann nach Verfahrenseröffnung in der Regel nicht mehr wirksam über einen Massegegenstand verfügen (§ 81 InsO). Nicht selten steht aber einem Insolvenzgläubiger oder mehreren oder allen Insolvenzgläubigern ein Anspruch gegen mindestens noch eine weitere Person zu, der – zumindest teilweise – auf dasselbe Interesse gerichtet ist wie die Forderung gegen den insolventen Schuldner. Dann ist zum einen fraglich, ob und ggf. in welcher Weise das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Insolvenzschuldners Wirkungen auch für das Forderungsrecht der Insolvenzgläubiger gegenüber dem oder den zusätzlich persönlich⁴ Haftenden entfaltet (Außenverhältnis) und insoweit wiederum allgemeines Zivil(verfahrens)recht verdrängt wird. Zum anderen stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Verhältnis zwischen Insolvenzschuldner und Mithaftenden als Gläubigern möglicher Befreiungs-, Mitwirkungs-, Ausgleichs- oder Rückgriffsansprüche (Innenverhältnis).

Außerhalb der Betrachtungen bleiben allerdings Insolvenzgläubiger, die ihre Forderungen gegen den oder die Dritten durch Sicherungszession des (späteren) Insolvenzschuldners erworben haben. In diesem Fall gebührt dem Insolvenzgläubiger – trotz formal-rechtlich (fort)bestehender Rechtsinhaberschaft – im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten lediglich ein Absonderungsrecht an dem zur Sicherung abgetretenen Anspruch (§ 51 Nr. 1 InsO)⁵. Gemäß § 166 Abs. 2 InsO ist zur Einziehung oder anderweit-

und Insolvenzschuldner als Schuldner dieser Verbindlichkeiten (*Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 57 Rz. 9; *K. Schmidt*, ZHR 152 [1988], 105, 113) betroffen ist. Die Masse dient weiterhin der Befriedigung von absonderungsberechtigten Gläubigern (§§ 49 ff. InsO). Für den vorliegenden Beitrag sollen Masseverbindlichkeiten sowie Absonderungsrechte allerdings im ganzen außer Betracht bleiben.

2 *Gerhardt*, AcP 200 (2000), Heft 3.

3 *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 3 Rz. 3; *Bork*, Einführung in das neue Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 2; BGHZ 88, 147, 151.

4 Nicht weiter von Interesse soll hier der Fall sein, daß ein Dritter dem Insolvenzgläubiger eine Realsicherheit stellt; dazu *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 43 Rz. 7.

5 *Kübler/Prütting*, InsO, § 51 Rz. 10. Der Gesetzgeber hat mit § 51 Nr. 1 InsO die schon zum alten Recht ganz überwiegend vertretene Ansicht übernommen; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze, 1997, § 43 KO Anm. 9; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II, Insolvenzrecht (1990), Rz. 14.25.

gen Verwertung der sicherungsgezielten Forderung, anders als noch nach früherem Recht⁶, allein⁷ der Insolvenzverwalter berechtigt. Der absonderungsberechtigte Insolvenzgläubiger (vgl. § 52 Satz 1 InsO) erhält dann, sofern er nicht auf sein Absonderungsrecht verzichtet, eine Insolvenzquote nur für den Teil seiner Forderung, der durch die bevorzugte Befriedigung nicht getilgt ist (§ 52 Satz 2 InsO; sog. Ausfallprinzip)⁸.

Im Vordergrund der Untersuchung stehen auch nicht diejenigen Bestimmungen, nach denen für die Dauer des Insolvenzverfahrens nur der Insolvenzverwalter berechtigt ist, die den Insolvenzgläubigern zustehenden Ansprüche gegen *Mithaftende* geltend zu machen, die Gläubiger selbst aber an einer Geltendmachung ihrer Forderungen gehindert sind⁹. Eine derartige „Haftungskonzentration“ zugunsten der Masse bzw. der Gläubigergemeinschaft oder doch einer bestimmten Gruppe von Gläubigern sehen insbesondere die §§ 92, 93 InsO¹⁰ vor; prominentes Beispiel außerhalb der Insolvenzordnung ist § 171 Abs. 2 HGB¹¹. So ist etwa in der Insolvenz einer GmbH gemäß § 92 Satz 1 InsO allein der Verwalter berechtigt, die Ansprüche von Insolvenzgläubigern gegen den Geschäftsführer nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG auf Ersatz des ihnen infolge verspäteter Insolvenzantragstellung entstandenen Schadens (sog. Quotenschaden) einzuziehen und prozessual durchzusetzen¹²; das gilt jedenfalls für die Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber den Gläubigern, die ihre Forderung gegen die Gesellschaft vor der Antragspflicht erworben haben (sog. Altgläubiger)¹³.

6 Nach § 127 Abs. 2 KO lag, jedenfalls bis zum Ablauf einer bestimmten Frist, die Verwertungsbefugnis in der Regel bei dem absonderungsberechtigten Gläubiger; *Marotzke*, ZZP 109 (1996), 429, 440 f.; s. auch *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 127 Rz. 2.

7 Arg. e contrario § 173 Abs. 1 InsO; i.E. *Marotzke*, ZZP 109 (1996), 429, 440 f.; *Bork* (Fn. 3), Rz. 258.

8 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rz. 18.74 f.; *Bork* (Fn. 3), Rz. 259; siehe dazu noch unten S. 347 f.

9 Dazu jetzt umfassend *Oepen*, *Massefremde Masse* (1999). *Oepen* spricht anschaulich von „Erstreckungsnormen“ mit „Einzugsvorbehalten zugunsten des Insolvenzverwalters“, a.a.O. Rz. 47, 62 ff.

10 Siehe dazu *Bork* in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 2. Aufl. 2000, S. 1333 ff.; *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 ff.

11 Im einzelnen dazu *Noack*, InsO: Gesellschaftsrecht, 1999, Rz. 521 ff. sowie *Armbruster*, Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personengesellschaft nach geltendem und künftigem Recht, 1995, S. 31 ff.; *Wissmann*, Persönliche Mithaft in der Insolvenz, 2. Aufl. 1998, Rz. 449 ff.

12 *Noack* (Fn. 11), Rz. 318 m.w.Nachw.

13 Umstritten ist dagegen, ob es auch für die sog. Neugläubiger, die ihren Anspruch gegen die Gesellschaft erst nach Entstehung der Insolvenzantragspflicht erworben haben, neben einem Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse (BGHZ 126, 181, 190 ff.; *Bork* in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* [Fn. 10], Rz. 17; *Noack* [Fn. 11], Rz. 314 ff.) einen von dem Insolvenzverwalter nach § 92 InsO zu liquidierenden Quotenschaden geben kann. Dafür: *Bork*, a.a.O., Rz. 19; *K. Schmidt*, ZGR 1998, 633, 666 f.; *ders.*, NZI 1998, 9 ff.; *Oepen* (Fn. 9), Rz. 291;

Eine ähnliche Regelung enthält § 93 InsO¹⁴ für die persönliche akzessorische Haftung eines Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten: Während der Dauer des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft ist nur der Insolvenzverwalter berechtigt, die Haftungsansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter zu realisieren¹⁵. In diesen Fällen erstreckt sich das Insolvenzverfahren auf die Mithaftenden in dem Sinne, daß die gegen sie gerichteten Ansprüche im Interesse der Gläubigergleichbehandlung¹⁶ der Masse bzw. der Gläubigergemeinschaft oder jedenfalls einer bestimmten Gruppe hiervon „zugeschlagen“ werden¹⁷.

Schließlich geht es nicht vorrangig um diejenigen Vorschriften, nach denen ein im Insolvenzplan für Insolvenzforderungen vorgesehener (teilweiser) Erlaß unmittelbar auch für den Anspruch wirkt, der gegen den zusätzlichen Schuldner gerichtet ist¹⁸. Eine derartige „Planerstreckungswirkung“¹⁹ findet sich etwa in § 227 Abs. 2 InsO, der bestimmt, daß Gesellschafter gegenüber den Insolvenzgläubigern von ihrer auf der Gesellschafterstellung beruhenden persönlichen Haftung insoweit befreit sind, als die insolvente Schuldnergesellschaft selbst durch die im Insolvenzplan geregelte Befriedigung von diesen Gläubigern nicht mehr belangt werden kann²⁰.

Im Mittelpunkt dieses Beitrages steht vielmehr die Mithaftung Dritter, die nur einzelne Insolvenzgläubiger (in einem weiten Sinne) sichert und grundsätzlich sowohl im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Haupt- oder Mitschuldners von dem Gläubiger noch geltend gemacht werden kann als auch von den Regelungen eines Insolvenzplanes nicht betroffen ist. Dabei handelt es sich namentlich um die Haftung von Bürgen oder Gesamtschuld-

i.E. *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673 ff. Dagegen: BGHZ 138, 211, 214 ff.; *Haas*, NZG 1999, 373, 378; *Dauner-Lieb*, ZGR 1998, 617, 628 f.

14 Dazu ausführlich *Noack* (Fn. 11), Rz. 493 ff. sowie *Armbruster* (Fn. 11), S. 141 ff.; *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 342 ff., 446 ff. und *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1080 ff. § 93 InsO ist gegenüber dem alten Rechtszustand ein insolvenzrechtliches Novum, das nur in § 171 Abs. 2 HGB ein Vorbild mit allerdings beschränktem Anwendungsbereich hatte. Nach dem bisherigen § 212 Abs. 1 KO konnte der am Gesellschaftskonkurs teilnehmende Gläubiger im Privatkonkurs des persönlich haftenden Gesellschafters nur für den Teil Befriedigung erlangen, mit dem er bei der Gesellschaft ausgefallen war.

15 § 93 InsO gilt nicht, wenn allein gegenüber der Gesellschaft gehaftet wird (z.B. §§ 31, 64 Abs. 2 GmbHG). In diesen Fällen sind die Haftungsansprüche unmittelbar der Insolvenzmasse zugewiesen; sie werden vom Verwalter nach § 80 InsO durchgesetzt.

16 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der §§ 92, 93 InsO in *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 405 ff.

17 Vgl. näher zur dogmatischen Einordnung der Einzugsvorbehalte zugunsten des Insolvenzverwalters *Oepen* (Fn. 9), Rz. 64 ff.

18 Dazu umfassend *Oepen* (Fn. 9).

19 *Oepen* (Fn. 9), Rz. 47, 244 ff.

20 Näheres dazu auch bei *Noack* (Fn. 11), Rz. 535 ff.; *Armbruster* (Fn. 11), S. 233 ff., 138 ff.; *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 532 ff.

nern²¹. In welcher Weise wird nun die Rechtsstellung solcher Mithaftender beeinflusst, wenn der Haupt- oder Mitschuldner insolvent ist und über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wurde?

II. Das Forderungsrecht des Insolvenzgläubigers

1. Geltendmachung während der Dauer des Insolvenzverfahrens

a) Grundsatz

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesamtschuldners ändert grundsätzlich nichts an der Stellung eines anderen insolvenzfreien Gesamtschuldners zu seinem Gläubiger. Der Gläubiger ist nicht etwa gehalten, in einem solchen Fall (zunächst) gegen den solventen Gesamtschuldner vorzugehen. Das würde auf eine bloße Ausfallhaftung des insolventen Gesamtschuldners hinauslaufen, die weder BGB noch InsO vorsehen²². Nichts anderes gilt grundsätzlich, wenn sich ein Dritter für die später notleidend gewordene Forderung verbürgt hat²³; hier führt allerdings bei einer nicht selbstschuldnerischen Bürgschaft die Eröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners beim Bürgen erst zum Ausschluß der Einrede der Vorausklage (§ 773 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

Nach § 43 InsO, der sachlich den früheren §§ 32 VerglO, 68 KO entspricht²⁴, kann der Gläubiger vielmehr sowohl seine Forderung im Insolvenzverfahren als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) anmelden als auch unabhängig davon gegen die Mithaftenden vorgehen. Das gilt für Bürgen²⁵ und Gesamtschuldner²⁶, die neben dem Insolvenzschuldner verpflichtet sind, gleichermaßen,

21 Siehe zu einzelnen Gesamtschuldnerbeständen aus verschiedenen Rechtsgebieten umfassend *Staudinger/Noack*, 13. Bearbeitung 1999, § 421 Rz. 45 ff., § 427 Rz. 12 ff. Nach neuerer Gesamtschulldogmatik ist von einem weiten Gesamtschuldnerbegriff auszugehen. Danach ist insbesondere die Differenzierung zwischen „echter“ und „unechter“ Gesamtschuldner hinfällig; s. ausführlich *Staudinger/Noack*, 1999, § 421 Rz. 8 ff.

22 *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 421 Rz. 125.

23 Eine Ausnahme besteht im Falle der sog. Ausfallbürgschaft, bei der der Bürge nur für den endgültigen Ausfall an der Hauptforderung einzustehen hat (*Staudinger/Horn*, 13. Bearbeitung 1997, § 771 Rz. 11) und deshalb in der Regel erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptschuldners in Anspruch genommen werden kann; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 4e.

24 Begründung zum Regierungsentwurf des § 43 InsO in *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 351.

25 *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 4; *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO, § 43 Rz. 8; Begründung zum Regierungsentwurf des § 43 InsO in *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 351. Etwas anderes gilt freilich bei der Ausfallbürgschaft (Fn. 23).

26 Die herkömmliche Ansicht, die zwischen „echter“ und „unechter“ Gesamtschuldner unterscheidet, wendet § 43 InsO in beiden Fällen an; vgl. *Smid*, InsO, 1999, § 43

da sie jeweils im Sinne des § 43 InsO „für dieselbe Leistung auf das Ganze haften“. Die §§ 87, 89 InsO, wonach eine Forderungsverfolgung und -vollstreckung nur nach den Vorschriften der Insolvenzordnung möglich ist, stehen einer Geltendmachung gegen den weiteren Gesamtschuldner oder Bürgen nicht entgegen, da sie nur das Vorgehen gerade gegen den insolventen Gesamtschuldner bzw. Hauptschuldner betreffen.

Der Gläubiger kann nach § 43 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Haupt- bzw. Mitschuldners den ganzen noch offenen Betrag geltend machen; ist daneben auch der Bürge oder andere Gesamtschuldner insolvent, ist der Gläubiger hierzu in *jedem* Verfahren berechtigt [sog. Grundsatz der Doppelberücksichtigung]²⁷. Die Berücksichtigung im Insolvenzverfahren korrespondiert insoweit mit der materiellen Rechtslage, die es dem Gläubiger bei Gesamtschuld (§ 421 BGB) und selbstschuldnerischer Bürgschaft grundsätzlich gestattet, nach seinem Belieben von jedem Schuldner die ganze Leistung zu verlangen²⁸. Entscheidend ist die Forderungshöhe zur Zeit der Eröffnung des (jeweiligen) Insolvenzverfahrens. Dieser Betrag ist für die Teilnahme am Verfahren maßgebend, er wird zur Tabelle angemeldet, nach ihm richten sich Abstimmung und Verteilung²⁹. Damit wird zugleich für sämtliche Gläubiger festgelegt, wofür das Vermögen des Insolvenzschuldners haftet³⁰.

Soweit also auf die Forderung des Gläubigers *vor Insolvenzeröffnung* schon Teilleistungen erbracht worden sind, reduzieren diese nicht nur materiellrechtlich den Anspruch des Gläubigers (vgl. §§ 426 Abs. 2 Satz 1, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern insofern zugleich auch die am Insolvenzverfahren teilnehmende Summe³¹. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Gläubiger von dem späteren Insolvenzschuldner oder einem Gesamtschuldner bzw. Bürgen vor Verfahrenseröffnung teilweise befriedigt wurde. Die abweichende Ansicht *Häsemeyers*³², daß nur Leistungen des späteren Insolvenzschuldners selbst, nicht aber solche des zum Rückgriff berechtigten Mithaftenden forderungsmindernd zu berücksichtigen sind, hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Sie steht zum einen im Widerspruch zu § 38 InsO, wonach eine Person nur insoweit Insolvenzgläubiger ist, als ihr bei Verfahrenseröffnung

Rz. 2, 5; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 2; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1997, § 3 Rz. 55. Allerdings ist diese Differenzierung überholt (s. Fn. 21).

27 *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 1; *Bley/Mohrbutter*, VerglO, 4. Aufl. 1979, § 32 Rz. 1; *Eickmann* in Heidelberg Kommentar zur InsO, 1999, § 43 Rz. 1; *Breutigam* in Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 43 Rz. 1.

28 Vgl. *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 421 Rz. 65, 110 ff.

29 *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 43 Rz. 10; *Schulz* in Frankfurter Kommentar zur InsO, 1999, § 43 Rz. 2; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 68 KO Anm. 6; *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 32 Rz. 8.

30 Darauf weist *Häsemeyer*, KTS 1993, 151, 175 zutreffend hin.

31 *Eickmann* (Fn. 27), § 43 Rz. 9; *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 60.

32 KTS 1993, 151, 175 ff.

ein materieller Anspruch gegen den Schuldner zusteht. Zum anderen widerspricht sie dem eindeutigen Wortlaut des § 43 InsO, daß ein Gläubiger bei einer Mehrheit von Schuldnern allein den zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch ausstehenden Betrag anmelden darf³³. Über diese insolvenzrechtlichen Grundsätze kann auch die zivilrechtliche Regel nicht hinweg helfen, daß der mit der Zahlung (teilweise) übergegangene Anspruch nicht zum Nachteil des bisherigen Gläubigers geltend gemacht werden kann („nemo subrogat contra se“; §§ 426 Abs. 2 Satz 2, 774 Abs. 1 Satz 2 BGB)³⁴. Denn damit würde dem Teilzahlenden als (in Höhe der Leistung alleinigem) Forderungsinhaber in der Insolvenz seines Schuldners die Verfahrensteilnahme versperrt und damit die Chance genommen, wenigstens eine Quote auf den Ausgleichsanspruch zu erzielen³⁵.

b) Nachträgliche Teilzahlungen und nachträgliche Vollzahlungen

Das Besondere ist, daß der bei Insolvenzeröffnung bestehende Forderungswert bis zur Vollbefriedigung für das gesamte Verfahren maßgeblich bleibt³⁶. Nach Insolvenzeröffnung eingehende Teilzahlungen verringern die angemeldete Forderung *nicht*. Das gilt ganz unabhängig davon, ob die Teilleistung als Dividende aus dem parallel durchgeführten Verfahren über das Vermögen des gleichfalls insolventen Mithaftenden erfolgte oder außerhalb eines solchen Insolvenzverfahrens erbracht wurde³⁷. Der Gläubiger kann nach § 43 InsO „bis zu seiner vollen Befriedigung den ganzen Betrag geltend machen“. Da es hiernach auf die *volle* Befriedigung des Gläubigers ankommt, sind nachträgliche Teilzahlungen nicht geeignet, die zur Zeit der Verfahrenseröffnung offenstehende Summe zu beeinflussen. Das bedeutet,

33 Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 60 m.w.Nachw.

34 So aber Häsemeyer, KTS 1993, 151, 176. Zu betonen ist, daß nach Häsemeyer a.a.O. der volle Forderungswert im Falle der Teilzahlung beim Gläubiger verbleibt und nur von diesem im Verfahren geltend gemacht wird. Unter dem Gesichtspunkt der Gläubigergleichbehandlung ist es in der Tat gleichgültig, ob der Hauptgläubiger oder Regreßgläubiger allein mit dem vollen Forderungsbetrag oder beide je zu einem Teile am Verfahren teilnehmen.

35 Vgl. auch RGZ 83, 401, 405; siehe noch unten S. 357 i.

36 Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 68 Rz. 10; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 61; Kuhn, KTS 1957, 68, 69; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 32 Rz. 10; BGHZ 117, 127, 134; BGH NJW 1969, 796.

37 Nach der vereinzelt gebliebenen Ansicht von *Selb* in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1994, § 421 Rz. 35, sollen dagegen im letzteren Fall Zahlungen eines Gesamtschuldners angerechnet werden und die Insolvenzforderung reduzieren. Dagegen verlangen weder Text noch Zweck des § 43 InsO, Leistungen zu berücksichtigen, die von außerhalb eines Insolvenzverfahrens stehenden Mithaftenden erbracht werden. Die von *Selb* a.a.O. angeführte Entscheidung des BGH in NJW 1969, 769 ist nicht verallgemeinerungsfähig und liefert auch im übrigen keinen hinreichenden Beleg für seine Auffassung. Näher Staudinger/Noack (Fn. 21), § 421 Rz. 128.

daß der „Berücksichtigungsbetrag“³⁸ für die Dauer des Verfahrens auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung fixiert wird³⁹. Damit werden die allgemeinen materiell-rechtlichen Regeln modifiziert, nach denen der Haupt- bzw. Gesamtschuldner bei einer Zahlung durch den Bürgen (vgl. § 774 Abs. 1 BGB) oder anderen Gesamtschuldner (§ 422 Abs. 1 BGB) in Höhe der Teilleistung im Außenverhältnis zum Gläubiger von seiner Verpflichtung befreit wird. Zwar geht auch die Insolvenzforderung materiell-rechtlich auf den teilleistenden Bürgen bzw. Gesamtschuldner in entsprechender Höhe über (§§ 774 Abs. 1 Satz 1, 426 Abs. 2 Satz 1 BGB), jedoch bleibt der Forderungswert gemäß § 43 InsO dem Insolvenzgläubiger zugewiesen⁴⁰: Bis zur vollständigen Befriedigung kann er mit dem vollen, ihm im Eröffnungszeitpunkt noch zustehenden Betrag am Insolvenzverfahren teilnehmen, dagegen ist dem Teilzahlenden eine Verfahrensteilnahme grundsätzlich verwehrt (vgl. § 44 InsO)⁴¹.

Der Sinn dieser vorrangigen insolvenzrechtlichen Regelung liegt darin, die Vorteile des Gesamtschuldverhältnisses und der Bürgenhaftung auch im Insolvenzverfahren wirksam werden zu lassen⁴². Es erscheint nicht gerechtfertigt, daß sich die Befriedigungsaussicht durch Teilzahlungen während eines oder mehrerer Insolvenzverfahren verschlechtert⁴³. Das wäre der Fall, wenn bei einer teilweisen Befriedigung nur noch die Restforderung berücksichtigt wird und der Gläubiger dadurch einen Ausfall erleidet. Ein Ausfall droht, weil sich bei einer Reduktion des Teilnahmebetrags durch nachträgliche Teilleistung die Insolvenzdividende entsprechend verringert und die mit ihr zusammengerechnete Zahlung des Mithaftenden bzw. die Summe der Quoten bei parallel laufenden Insolvenzverfahren den vollen Forderungsbetrag nicht mehr erreichen kann⁴⁴.

§ 43 InsO verwehrt erst und nur dann die Geltendmachung durch den Insolvenzgläubiger, wenn die Leistungen zu seiner „vollen Befriedigung“ geführt haben. Daher tilgen Vollzahlungen des Bürgen oder Gesamtschuldners den vollen Forderungswert, weshalb der Gläubiger von da an nicht mehr am Verfahren teilnimmt⁴⁵. An dessen Stelle ist es dem zahlenden

38 Kuhn, KTS 1957, 68, 69.

39 BGH NJW 1969, 769.

40 So zutreffend Hässemeyer, KTS 1993, 151, 164 ff.

41 Dazu näher S. 341 f.

42 Schulz in Frankfurter Kommentar zur InsO, 1999, § 43 Rz. 3; Kuhn/Uhlenbruck [Fn. 1], § 68 Rz. 1; BGH NJW 1963, 1873, 1875; BGH NJW 1969, 796.

43 BGH NJW 1997, 1014, 1015; OLG Karlsruhe ZIP 1981, 1231 = ZIP 1982, 1108; Hässemeyer, KTS 1993, 151, 158, 174 ff.

44 Kübler/Prütting/Holzer, InsO, 1999, § 43 Rz. 2; Kuhn/Uhlenbruck [Fn. 1], § 68 Rz. 1; BGH NJW 1969, 796; siehe auch die Beispiele bei Schulz [Fn. 29], § 43 Rz. 7 f.; Baur/Stürmer [Fn. 5], Rz. 11.12 f.

45 Kuhn/Uhlenbruck [Fn. 1], § 68 Rz. 10; Bley/Mohrbutter [Fn. 27], § 32 Rz. 9; Kübler/Prütting/Holzer, InsO, § 43 Rz. 10; OLG Karlsruhe ZIP 1981, 1231, 1232.

Gesamtschuldner gestattet, sich mit seiner Regreßforderung am Insolvenzverfahren zu beteiligen⁴⁶.

c) Teilweise Mithaftung

§ 43 InsO ist ohne weiteres anwendbar, wenn der Insolvenzschuldner die ganze Leistung zu erbringen hat, der Mitschuldner dagegen nur für einen Teil der Forderung haftet⁴⁷. Die Norm erfordert nämlich nicht, daß mehrere die ganze Leistung schulden, sondern nur die Haftung mehrerer für dieselbe Leistung auf das Ganze; letzteres liegt aber schon dann vor, wenn die Forderungen sich nur zu einem Teil decken⁴⁸. In einem solchen Fall ist „volle Befriedigung“ nach § 43 InsO bereits dann gegeben, wenn der Teilbetrag, für den die Mithaftung besteht, während des Insolvenzverfahrens vollständig getilgt wird. Denn wie bei einer Erfüllung vor Insolvenzeröffnung ist der Mithaftende im Verfahren vom Zeitpunkt der Tilgung seiner Schuld an kein Gesamtschuldner oder Bürge mehr, so daß § 43 InsO, der eine Schuldnermehrheit voraussetzt, nicht mehr zum Zuge kommen kann. Als Ausnahmesvorschrift (zu §§ 422, 774 BGB) kann § 43 InsO nicht erweiternd in dem Sinne angewandt werden, daß der Berücksichtigungsbetrag in Höhe der gesamten Insolvenzforderung bestehen bleibt. Die Mithaft sichert diese Forderung eben nur zu einem bestimmten Teil, und es ist nicht gerechtfertigt, dem Teilbürge bzw. Teilgesamtschuldner, der die ihm obliegende Leistung vollständig erbringt, die Beteiligung am Insolvenzverfahren mit seinen Rückgriffs- und Ausgleichsansprüchen zu versagen (vgl. § 44 InsO)⁴⁹. Wenn also von zwei Schuldnern einer in voller Höhe, der andere nur teilweise haftet, so reduziert sich bei Zahlung des Teilschuldners die Forderung des Gläubigers, die er zum ganzen Betrag im Insolvenzverfahren des voll haftenden Insolvenzschuldners angemeldet hatte. Der Gläubiger hat daraufhin die Forderungsanmeldung um die erhaltene Summe zu kürzen, neben ihm kann nun der Regreßberechtigte seinen Anspruch in Höhe der Ausgleichspflicht des Insolvenzschuldners im Verfahren geltend machen. Das war früher umstritten, entspricht aber heute (im Ergebnis) der ganz herrschenden Meinung⁵⁰. Nichts anderes gilt, wenn

46 BGHZ 39, 319, 326; Häsemeyer (Fn. 8), Rz. 17.07. Näher S. 356 ff.

47 Unstreitig; vgl. Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 43 Rz. 9.

48 So zutreffend Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 68 Rz. 5; Kuhn, KTS 1957, 68.

49 Näher zur Verfahrensteilnahme der Regreßberechtigten S. 356 ff.

50 Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 68 Rz. 1a, 5, 5a, 5b; Häsemeyer, KTS 1993, 151, 168, 172; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 59; Schulz (Fn. 29), § 43 Rz. 10 ff.; Kübler/Prütting/Holzer, InsO, § 43 Rz. 4; Eickmann (Fn. 27), § 43 Rz. 7; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 43 Rz. 9; Hess, InsO, 1999, § 44 Rz. 6; BGH NJW 1997, 1014 f.; BGHZ 92, 374, 379; BGH NJW 1960, 1295, 1296; BGH NJW 1969, 796; a.A. noch Künne, KTS 1957, 58, 59; Dempewolf, NJW 1961, 1341; J. Blomeyer, BB 1971, 937, 938 f.; OLG Karlsruhe MDR 1958, 345; neuerdings aber auch Wissmann (Fn. 11), Rz. 66 ff. Siehe zu der Streitfrage noch Mohrbutter/Bley (Fn. 27), § 33 Rz. 13 sowie ausführlich Wissmann a.a.O., Rz. 27 ff.

erst später durch einen Vergleich der Umfang der ursprünglichen Mitschuld auf einen Teil begrenzt und dieser sodann bezahlt wird⁵¹. Wenn die Forderung nach Eröffnung des Verfahrens *erlassen* wurde, kann sie nicht mehr geltend gemacht werden. Insofern ist dieselbe Lage wie bei der „vollen Befriedigung“ gegeben: Der Gläubiger hat nichts mehr zu fordern, so daß er vor einem Ausfall auch nicht bewahrt zu werden braucht⁵².

d) Überzahlungen

Insgesamt steht dem Gläubiger die Leistung selbstverständlich nur einmal zu. Das folgt materiell-rechtlich bei einer gesamtschuldnerischen Mithaftung aus §§ 421, 422 BGB und bei der Bürgschaft aus der ihr eigenen Akzessorietät zur Hauptschuld bzw., wenn der Bürge zahlt, aus § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Grundsatz der Doppelberücksichtigung darf deshalb nicht dazu führen, daß der Insolvenzgläubiger letztlich mehr erhält, als er tatsächlich zu beanspruchen hat⁵³; das ergibt sich auch unmittelbar aus § 43 InsO („bis zu seiner vollen Befriedigung“)⁵⁴. Daher muß die Insolvenzquote bei der Schlußverteilung entsprechend gekürzt werden, wenn feststeht, daß die Dividende, die nach dem auf den Eröffnungszeitpunkt fixierten Forderungsbetrag zu berechnen ist, zusammen mit den Teilleistungen eines Mithaftenden nach Verfahrenseröffnung den Anspruch des Insolvenzgläubigers übersteigen würde⁵⁵. Der Dividendenüberschuß gebührt dabei nicht zum Vorteil auch der übrigen Insolvenzgläubiger der Masse, sondern nur dem Rückgriffsberechtigten, der infolge des Forderungsübergangs (§§ 426 Abs. 2 Satz 1, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB) in Höhe der Teilzahlung bzw. seines Ausgleichsanspruches an die Stelle des Gläubigers getreten ist und durch § 43 InsO nur an der Geltendmachung seiner Regreßforderung gehindert war⁵⁶. Freilich wird man den Insolvenzverwalter wegen der Rechtskraftwirkung der Feststellung einer Insolvenzforderung zur Tabelle nicht als berechtigt ansehen können, von sich aus ohne weiteres die Insolvenzdividende zu kürzen, um eine Überzahlung des Gläubigers zu verhindern. Eine Befugnis des Verwalters zur Kürzung der Insolvenzquote ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Rechtsnachfolge des Mithaftenden in das Forderungsrecht des Gläubigers

51 BGH NJW 1997, 1014, 1015; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 68 KO Anm. 6 a.E.; vgl. auch *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 32 Rz. 8.

52 OLG Dresden ZIP 1996, 1190, 1192.

53 OLG Karlsruhe ZIP 1981, 1231, 1232.

54 *Schulz* (Fn. 29), § 43 Rz. 4 a.E.

55 OLG Karlsruhe ZIP 1981, 1231, 1232; BFH ZIP 1996, 1617, 1620; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 10; *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 43 Rz. 10; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 68 KO Anm. 6.

56 *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 61; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 3 Rz. 37; *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 250; vgl. auch OLG Karlsruhe ZIP 1981, 1231, 1232.

nachgewiesen wurde und in der Tabelle eingetragen ist⁵⁷. Hat der Insolvenzgläubiger infolge der fortdauernden vollen Berücksichtigung des ursprünglichen Forderungsbetrages bei der Verteilung mehr erhalten als ihm tatsächlich zusteht, kann der Insolvenzverwalter nach verbreiteter Ansicht den Überschuß beim Gläubiger gemäß § 812 BGB kondizieren⁵⁸. Zutreffend erscheint es, daneben⁵⁹ dem Bürgen bzw. Gesamtschuldner einen unmittelbaren Bereicherungsanspruch nach § 816 Abs. 2 BGB gegen den übermäßig befriedigten Insolvenzgläubiger zuzubilligen⁶⁰. Denn die Zahlung der Überschußdividende an den (in Höhe der Überzahlung) nicht berechtigten Insolvenzgläubiger kann gegenüber dem Rückgriffsberechtigten insoweit im Sinne des § 816 Abs. 2 BGB als „wirksam“ angesehen werden, als dieser, obwohl ihm der Überschuß eigentlich gebührt, den Insolvenzschuldner nach Auszahlung der Quote nicht mehr in Anspruch nehmen kann; denn die insgesamt nur einmal existierende Forderung darf im Insolvenzverfahren eben nicht doppelt, sondern nur einmal realisiert werden⁶¹.

e) Besonderheiten bei Mithaftung eines Gesellschafters?

Hat ein Gesellschafter unter den Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzes den Darlehensrückzahlungsanspruch eines Dritten gegen die GmbH durch Übernahme einer Bürgschaft oder einen (ein Gesamtschuldverhältnis begründenden⁶²) Schuldbeitritt gesichert, dann kann nach § 32a Abs. 2 GmbHG der Dritte als Insolvenzgläubiger im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag quotale Befriedigung erhalten, mit dem er bei der Inanspruchnahme des Sicherungsgebers ausgefallen ist. Damit beeinflusst die Haftung des zusätzlichen Schuldners unmittelbar die Geltendmachung der gegen den Insolvenzschuldner gerichteten Forderung. Zwar besteht der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens materiell-recht-

57 So *Eickmann* (Fn. 27), § 43 Rz. 11; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 142 Rz. 3c; weitergehend – allerdings mit anderem Ansatz – *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 250: Rückbehalt des Mehrbetrages allein aufgrund von § 43 InsO. Ansonsten kann nach wohl h.M. (*Eickmann* a.a.O.; *Uhlenbruck* a.a.O. sowie *Schulz* [Fn. 29], § 43 Rz. 9; OLG Karlsruhe ZIP 1981, 1231) eine Überzahlung nur durch eine Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) des Verwalters gegen die rechtskräftige Eintragung der Forderung in der Tabelle verhindert werden (a.A. *Wissmann* a.a.O., Rz. 250 f.).

58 *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 10; *Eickmann* (Fn. 27), § 43 Rz. 11; *Jaeger/Lent*, 9. Aufl. 1977, § 68 Rz. 8; BGH DB 1985, 862, 863 (obiter dictum); RGZ 156, 271, 279.

59 *Lieb* in Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 1997, § 816 Rz. 54.

60 I.E. auch *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 248 f., der aber wohl den Bereicherungsausgleich auf einen Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB beschränken will. Das ist weder nach allgemeinem Zivilrecht (Fn. 59), noch nach spezifischen insolvenzrechtlichen Grundsätzen erforderlich.

61 Vgl. *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 61.

62 Vgl. *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 427 Rz. 14 ff.

lich in voller Höhe fort⁶³. Seine Durchsetzung aber ist im Insolvenzverfahren der Gesellschaft insofern beschränkt, als der Kreditgeber zunächst gegen den Gesellschafter als Sicherungsgeber vorgehen muß⁶⁴ und Befriedigung nur für die Restforderung erlangt. Zweifelhaft ist, ob § 43 InsO im Falle des § 32a Abs. 2 GmbHG in dem Sinne (entsprechende) Anwendung findet, daß der gesicherte Darlehensgeber im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen den *vollen* Forderungsbetrag zur Tabelle anmelden kann und eine *auf diesen Berücksichtigungsbetrag* berechnete verhältnismäßige Befriedigung bis zur Höhe seines Ausfalles erhält⁶⁵. Dafür spricht, daß sich die Bestimmung des § 32a Abs. 2 GmbHG im Kern gegen den sicherungsgebenden Gesellschafter und nicht gegen den gesicherten Kreditgeber richtet⁶⁶. Letzterer wäre aber zusätzlich zu der Verpflichtung, sich zunächst an den Gesellschafter zu halten, benachteiligt, wenn sich seine Dividende nicht nach der ursprünglichen Höhe seiner Darlehensforderung, sondern bloß nach dem Betrag des tatsächlich erlittenen Ausfalls berechnet⁶⁷. Gleichwohl ist es richtig, § 43 InsO im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen nicht (analog) anzuwenden⁶⁸. Der Wortlaut des § 32a Abs. 2

63 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. 1993, §§ 32a, 32b Rz. 137.

64 Siehe nur *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 32a, b Rz. 128, 140 f.; *Fleischer*, in: v. Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechts, 2000, Teil 6 Rz. 31. Ein Verzicht des Gesellschaftsgläubigers auf die Gesellschaftersicherheit ändert nach h.M. nichts an den Rechtsfolgen des § 32a Abs. 2 GmbHG (*Hachenburg/Ulmer*, a.a.O., Rz. 141; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 32a Rz. 49; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 32a Rz. 70; einschränkend aber *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 32a Rz. 49; ablehnend *Fastrich*, NJW 1983, 260, 263 f.). Vgl. im Unterschied hierzu § 52 InsO für den zur Absonderung berechtigten Insolvenzgläubiger (dazu *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO, § 52 Rz. 8 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 64 Rz. 12 ff.).

65 So i.E. *Eickmann* (Fn. 27), § 43 Rz. 6; *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO, § 43 Rz. 7 und neuerdings ausdrücklich auch *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1088, die zutreffend darauf hinweisen, daß § 43 InsO aber insofern nicht (analog) gilt, als der Gläubiger entgegen dieser Bestimmung (vgl. in diesem Beitrag oben S. 339 ff.) nach § 32a Abs. 2 GmbHG den sicherungsgebenden Gesellschafter vorrangig in Anspruch zu nehmen hat. Für eine Anwendung des § 68 KO, aber wohl nur in bezug auf die *Anmeldung* der Gesamtforderung zur Tabelle: *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 3b.

66 *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 64), Rz. 130; *K. Schmidt*, ZIP 1981, 689, 693; *ders.*, ZIP 1999, 1821, 1822 f.; *Peters*, ZIP 1987, 621, 623; *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1088; vgl. auch BGH ZIP 1985, 158, 159.

67 Vgl. *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1088, mit Bsp. (S. 1078) für die Folgen, die die verschiedenen Berechnungsgrundlagen bei der Verteilung des Schuldnervermögens haben können. Rechenbeispiele auch bei *Baur/Stürner* (Fn. 5), Rz. 15.18; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl. 1999, § 45 III.

68 *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 64), Rz. 128, 131, 148; *Baumbach/Hueck* (Fn. 64), Rz. 68; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 32a/b Rz. 124 f.; *Peters*, ZIP 1987, 621, 623 f.; *Fleischer* (Fn. 64), Rz. 31; *Noack* (Fn. 11), Rz. 198; *Breutigam*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 43 Rz. 5; bislang auch *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 63), Rz. 137; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 68 KO Anm. 3 und wohl noch

GmbHG a.E. entspricht der sachlich mit § 52 InsO übereinstimmenden, insoweit aber klarer gefaßten Vorgängerregelung des § 64 KO⁶⁹, der noch ausdrücklich anordnete, daß „ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, (. . .) die Forderung, wenn der Gesamtschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen (kann), (. . .) mit welchem er bei (der abgesonderten Befriedigung) ausgefallen ist“. Wenn aber, was offenbar nicht bestritten wird, § 64 KO und § 52 InsO so zu verstehen sind, daß sich die Insolvenzquote nur nach dem Ausfallbetrag berechnet⁷⁰, dann ist nicht recht einzusehen, weshalb nach dem insofern wortgleichen § 32a Abs. 2 GmbHG ein Gläubiger, dem ein Gesellschafter in eigenkapitalersetzender Weise Sicherheit gewährt hat, im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen quotale Befriedigung auf den vollen Betrag der Darlehensforderung soll erhalten dürfen. Auch in der Sache erscheint eine Ungleichbehandlung von absonderungsberechtigtem Insolvenzgläubiger (§ 52 InsO) und gemäß § 32a Abs. 2 GmbHG gesicherten Gesellschaftsgläubiger in bezug auf die Dividendenberechnung nicht gerechtfertigt. Denn wie die Regelung des § 52 InsO *im Interesse der Insolvenzgläubigergemeinschaft* eine teilweise Doppelberücksichtigung⁷¹ nur einer Forderung bei der Verteilung verhindern will⁷², so bezweckt § 32a Abs. 2 GmbHG, die übrigen Gesellschaftsgläubiger gegen die Konkurrenz des gesicherten Insolvenzgläubigers zu schützen⁷³ und die Insolvenzmasse zugunsten der Gläubigergemeinschaft zu entlasten⁷⁴. Diesem Normzweck des § 32a Abs. 2 GmbHG wäre nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn der

K. Schmidt, ZIP 1999, 1821, 1826 f. (Anmeldung der gesamten Forderung nach § 52 InsO, aber Berücksichtigung bei der Verteilung entsprechend § 190 InsO nur in bezug auf den Ausfall; vgl. aber jetzt Fn. 65).

69 K. Schmidt/Bitter, ZIP 2000, 1077, 1078; vgl. auch Begründung zum Regierungsentwurf des § 52 in Uhlenbruck, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 359.

70 Häsemeyer (Fn. 8), Rz. 18.74; Bork (Fn. 2), Rz. 259; Baur/Stürner (Fn. 5), Rz. 15.15 ff.; Jauernig (Fn. 67); Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 64 Rz. 9; Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 52 Rz. 1, 9, 13; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 52 Rz. 6; Joneleit/Imberger, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 1999, § 52 Rz. 2; K. Schmidt/Bitter, ZIP 2000, 1077, 1078. Undeutlich aber Kübler/Prütting, InsO, § 52 Rz. 3; Schulz, in: Frankfurter Kommentar zur InsO, 1999, § 190 Rz. 4.

71 Scil. in Höhe des Betrages, der bei der Verwertung der zum Schuldnervermögen gehörenden Sicherheit erzielt wurde.

72 Bork (Fn. 2), Rz. 259; Baur/Stürner (Fn. 5), Rz. 15.15 ff.; Jauernig (Fn. 67); Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 64 Rz. 9; Breutigam, in: Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 52 Rz. 1; Häsemeyer (Fn. 8), Rz. 18.74 f.; ders., KTS 1982, 507, 525, 544 f. mit dem zutreffenden Hinweis auf den insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.

73 Roth/Altmeppen (Fn. 64), § 32a Rz. 50.

74 Vgl. Fleischer (Fn. 64), Rz. 5, 31; Hachenburg/Ulmer (Fn. 64), Rz. 130; Scholz/K. Schmidt (Fn. 63), Rz. 137.

gesicherte Gläubiger in (analoger) Anwendung des § 43 InsO im Verfahren über das GmbH-Vermögen anteilige Befriedigung in bezug auf die *gesamte* Darlehensrückzahlungsforderung erhielt⁷⁵. Nähme man letzteres an, dann müßte folgerichtig auch § 44 InsO entsprechend angewandt werden mit der Konsequenz, daß der sicherungsgebende Gesellschafter, der den gesicherten Gläubiger während des Verfahrens teilweise befriedigt, nicht als (nachrangiger) Insolvenzgläubiger (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) am Insolvenzverfahren der Gesellschaft mit dem Regreßanspruch teilnehmen könnte, den er durch die Vorab-Befriedigung des Kreditgebers erlangt hat⁷⁶. Das ist ungereimt, denn der Gesellschafter stünde dann de iure schlechter, als wenn er selbst ein eigenkapitalersetzendes Darlehen gewährt hätte (vgl. § 32a Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Aus diesen Gründen ist die Insolvenzdividende des kreditgebenden Dritten nach § 32a Abs. 2 GmbHG allein aus der Restforderung zu errechnen, die ihm nach vorheriger Inanspruchnahme des sicherungsgebenden Gesellschafters noch verbleibt. Die verfahrensmäßige Rechtsstellung des Kreditgebers entspricht insofern der eines absonderungsberechtigten Insolvenzgläubigers nach § 52 InsO. Im Unterschied zu diesem ist der unter Kapitalersatzbedingungen durch einen Gesellschafter gesicherte Gläubiger (§ 32a Abs. 2 GmbHG) allerdings nicht berechtigt, den Gesamtbetrag seines ursprünglichen Anspruches nach § 174 InsO *anzumelden*⁷⁷. Der Gesellschaftsgläubiger kann vielmehr nur die Forderung in Höhe des Ausfalles zur Tabelle geltend machen. Das ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des § 32a Abs. 2 GmbHG⁷⁸, der anders als der sonst sachlich übereinstimmende § 52 InsO gerade nicht anordnet, daß der Sicherungsnehmer in der Gesellschaftsinsolvenz mit seiner gesamten Forderung als Insolvenzgläubiger zu betrachten ist (vgl. § 52 Satz 1 InsO mit Begründung zum Regierungsentwurf)⁷⁹. Freilich bedeutet das nicht, daß im Falle des § 32a Abs. 2 GmbHG der Kreditgeber von einer Verfahrensteilnahme solange ausgeschlossen ist, bis sein tatsächlicher Ausfall feststeht⁸⁰. Er ist vielmehr befugt, schon vor der Inanspruchnahme des sicherungsgebenden Gesellschafters seinen (mutmaßlichen) Ausfallanspruch als aufschiebend bedingte

75 Vgl. noch *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 63), Rz. 137; siehe aber jetzt Fn. 65.

76 Zu diesem Regreßanspruch gegen die GmbH näher *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1821, 1824, 1828.

77 So aber *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1821, 1826 f.; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 3b. Näher zur Anmeldung des Gesamtanspruches nach § 52 InsO und ihrer Wirkung *Breutigam*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 52 Rz. 5 f.; *Nerlich/Römermann/Westphal*, InsO, § 190 Rz. 17 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 64 Rz. 1, 9, 11; *K. Schmidt* a.a.O.

78 Doch auch die Gegenansicht von *K. Schmidt*, ZIP 1999, 1821, 1826 beruft sich auf den Wortlaut!

79 Siehe Fn. 69.

80 So aber noch *Rowedder*, GmbHG, 1. Aufl. 1985, § 32a Rz. 16; *Kilger*, KO, 15. Aufl. 1987, § 32a Anm. 4. Dagegen mit guten Gründen *Peters*, ZIP 1987, 621, 623 f.; *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 63), Rz. 137.

Forderung zur Tabelle anzumelden und in entsprechender Höhe am Verfahren teilzunehmen⁸¹.

Die persönliche akzessorische Gesellschafterhaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft kann während des Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen nach § 93 InsO nur vom Verwalter realisiert werden; das soll hier nicht weiter erörtert werden⁸². Hat sich der Gesellschafter daneben für die Gesellschaftsschuld verbürgt oder durch Schuldbeitritt eine gesamtschuldnerische Mithaftung übernommen, stellt sich allerdings die Frage, ob der Insolvenzgläubiger die nach *diesem Rechtsgrund* bestehende Forderung gemäß § 43 InsO geltend machen kann oder ob die Geltendmachung durch den Gläubiger ebenfalls nach § 93 InsO für die Dauer des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft gesperrt ist⁸³. Letzteres ist im Ergebnis zu verneinen. § 93 InsO beruht auf dem insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung: Die ihrer Art nach gegenüber allen oder doch einer bestimmten Gruppe von Gesellschaftsgläubigern gleichermaßen bestehende Haftung soll der Gesamtheit dieser Gläubiger zur gemeinschaftlichen Befriedigung (§ 1 Satz 1 InsO) zugute kommen, einzelne Gläubiger sollen daran gehindert sein, sich in der Gesellschaftsinsolvenz Sondervorteile durch einen schnelleren Zugriff auf das Privatvermögen persönlich haftender Gesellschafter zu verschaffen⁸⁴. Deshalb kommt eine Anwendung von § 93 InsO dort nicht in Betracht, wo die Mithaftung auf einer individuellen Verpflichtung *einzelner* Gesellschafter beruht. Das gilt auch dann, wenn die zusätzliche Haftung für eine Gesellschaftsschuld übernommen wurde, für die der Bürge oder Gesamtschuldner gleichzeitig aufgrund seiner Stellung als Gesellschafter einzustehen hat⁸⁵. Die Unanwendbarkeit des § 93 InsO führt dann freilich dazu, daß – neben den stets konkurrierenden reinen Privatgläubigern der Gesellschafter⁸⁶ – die Situation eines Wettlaufs zwischen dem entsprechend gesicherten Gesellschaftsgläubiger und

81 *Scholz/K. Schmidt* (Fn. 63), Rz. 137; *Hachenburg/Ulmer* (Fn. 64), Rz. 149; *Baumbach/Hueck* (Fn. 64), Rz. 68; *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 32a Rz. 48; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 193 Rz. 9b; *Fleischer* (Fn. 64), Rz. 32; teilweise a.A. *Peters*, ZIP 1987, 621, 623 f. (Forderung kann nicht als aufschiebend bedingte qualifiziert werden).

82 S.o. S. 338.

83 Dazu *Oepen* (Fn. 9), Rz. 269 ff.; *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1082, 1085, 1088.

84 Begründung zum Regierungsentwurf des § 52 in *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 408; *Bork* in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 10), Rz. 5, 24; allgemein zum Zweck von Einzugsvorbehalten zugunsten des Insolvenzverwalters *Oepen* (Fn. 9), Rz. 256.

85 *Noack* (Fn. 11), Rz. 507, 509; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 18; *K. Schmidt* in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 10), Rz. 40; *ders.*, ZGR 1996, 209, 218 f.; *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077, 1082 ff., dort auch zu Folgefragen in bezug auf die vom Verwalter konkurrierend nach § 93 InsO geltend zu machende Gesellschafterhaftung – mit unterschiedlichen Lösungsmodellen!

86 Vgl. *Noack* (Fn. 11), Rz. 479; Begründung zum Regierungsentwurf des § 52 in *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 408 f.

dem die persönliche Gesellschafterhaftung nach § 93 InsO exekutierenden Insolvenzverwalter besteht⁸⁷. Das Wettrennen um das Gesellschaftervermögen endet erst, wenn auch hierüber das Insolvenzverfahren eröffnet ist. An dieser Auffassung ist trotz bedenkenwerter Argumente von *Oepen* festzuhalten, der für eine analoge Anwendung des § 93 InsO plädiert, wenn persönlich haftende Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern eine zusätzliche Haftung durch Bürgschaft oder Schuldbeitritt übernehmen⁸⁸. Anderenfalls, so *Oepen*, könnten sich im Ergebnis einzelne Gesellschaftsgläubiger durch schuldrechtlichen Vertrag mit diesen Gesellschaftern im Hinblick auf deren Mithaftung ein Vorrecht in Form der Befreiung von der Sperrwirkung des § 93 InsO verschaffen⁸⁹. Darin sieht *Oepen* einen Verstoß gegen den zwingenden insolvenzrechtlichen Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. Er möchte in analoger Anwendung des § 93 InsO auf Bürgschaften und Schuldbeitritte persönlich haftender Gesellschafter deren Privatvermögen im Interesse der Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger sichern⁹⁰. Indes ist es durchaus nicht illegitim, durch Nichtanwendung des § 93 InsO denjenigen Gesellschaftsgläubiger gegenüber den übrigen zu privilegieren, dem es gelingt, durch individuelle Vereinbarung einzelne Gesellschafter als Bürgen oder Gesamtschuldner für die Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeit zu gewinnen. So scheint auch *Oepen* – im Ergebnis freilich zu Recht – § 93 InsO nicht entsprechend auf den Fall anwenden zu wollen, daß der persönlich haftende Gesellschafter dem Gläubiger der insolventen Gesellschaft eine Realsicherheit gestellt hat⁹¹. Eine analoge Anwendung des

87 Noack (Fn. 11), Rz. 509; Kübler/Pritting/Lüke, InsO, § 93 Rz. 18; Theißen, ZIP 1998, 1625, 1626 ff.

88 *Oepen* (Fn. 9), Rz. 272 f. Eine entsprechende Anwendung von § 171 Abs. 2 HGB für Forderungen aus Bürgschaft oder Schuldbeitritt gegen einen summenmäßig beschränkt haftenden Kommanditisten lehnt *Oepen* – aus seiner Sicht konsequent – dagegen ab.

89 *Oepen* (Fn. 9), Rz. 272.

90 Vgl. auch K. Schmidt in Gutachten D zum 54. Deutschen Juristentag, 1982, S. D 48: „sein Vermögen [das des unbeschränkt haftenden Gesellschafters] soll allen Gläubigern haften, so daß ein konkursfreier oder reorganisationsfreier Individualanspruch des gesicherten Gläubigers nicht zu rechtfertigen ist“. Für den geltenden § 93 InsO zieht K. Schmidt eine Analogie dagegen offenbar nicht in Betracht; vgl. K. Schmidt, ZGR 1996, 209, 218 f., ders. in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (Fn. 10), Rz. 40; sowie K. Schmidt/Bitter, ZIP 2000, 1077, 1082, 1085, 1088 mit zutr. Hinweis auf den Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 446 f.

91 Darin liegt eine gewisse Inkonsequenz der Ansicht *Oepens*. Wenn man in einem nicht durch § 93 InsO gesperrten Zugriff einzelner Gesellschaftsgläubiger auf das Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter einen Verstoß gegen den Grundsatz der „par condicio creditorum“ sieht, liegt es nahe, auch die Geltendmachung dinglicher Sicherheiten dem Insolvenzverwalter nach § 93 InsO zuzuweisen oder zumindest § 52 InsO entsprechend anzuwenden. Vgl. demgegenüber auch K. Schmidt in Gutachten D zum 54. Deutschen Juristentag, 1982, S. D 48, der anscheinend das gesamte Privatvermögen zur Masse gezogen wissen will.

§ 93 InsO auf den Individualanspruch wäre zudem nicht nur im Interesse der anderen Gesellschaftsgläubiger, sondern würde auch einen Vorteil für die ausschließlichen Privatgläubiger des sicherungsgebenden Gesellschafters bedeuten, was kaum gerechtfertigt ist.

2. Wirkungen eines bestätigten Insolvenzplanes

a) Grundsatz

Nach § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO⁹² werden die Rechte des Insolvenzgläubigers gegen Mitschuldner und Bürgen durch einen Insolvenzplan nicht berührt. Der Plan hat demnach keine Wirkung für das Außenverhältnis zwischen diesen Personen und dem Insolvenzgläubiger, Bürgschaft und Haftung des anderen Gesamtschuldners bestehen insofern unverändert fort⁹³. Das bedeutet verfahrensrechtlich, daß die Wirkungen des Insolvenzplanes nicht durch Mehrheitsbeschluß bzw. Zustimmungsfiktion (vgl. §§ 244 ff. InsO) auf das Verhältnis zwischen dem gesicherten Insolvenzgläubiger und den Mithaftenden erstreckt werden können⁹⁴. Materiell-rechtlich besagt § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO insbesondere, daß der Gläubiger auch dann berechtigt ist, den Bürgen oder Gesamtschuldner in voller Höhe des ursprünglich geschuldeten Betrages in Anspruch zu nehmen, wenn der Insolvenzplan in seinem gestaltenden Teil einen (teilweisen) Erlaß⁹⁵ der gesicherten Insolvenzforderung vorsieht (vgl. § 227 Abs. 1 InsO)⁹⁶. Dadurch wird wiederum allgemeines Zivilrecht modifiziert. Im Hinblick auf die Bürgenschuld wird das Akzessorietätsprinzip nach §§ 767, 768 BGB durchbrochen, weil der Bürge ungeachtet der durch den Plan reduzierten Hauptforderung in voller Höhe weiterhaftet und auch nicht etwa eine Stundung der gesicherten Schuld einwenden kann⁹⁷. Bei einer gesamtschuldnerischen Mithaftung führt § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO dazu, daß einem im Insolvenzplan vorgesehenen Forderungsverzicht keine wechselseitige Gesamt-, sondern nur Einzelwirkung zukommt

92 Vergleichbare Regelungen enthielten § 82 Abs. 2 Satz 1 VerglO und § 193 Satz 2 KO. Im Unterschied zu diesen Bestimmungen bezieht sich § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO hinsichtlich dinglicher Sicherungsrechte nur auf massefremde Gegenstände (vgl. *Bley/Mohrbutter* [Fn. 27], § 82 Rz. 18); das resultiert daraus, daß Absonderungsberechtigte anders als beim (Zwangs-)Vergleich Verfahrensbeteiligte sind (vgl. § 217 InsO) und grundsätzlich vom Insolvenzplan betroffen sein können (vgl. § 223 InsO).

93 *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 82 Rz. 20.

94 Hierzu bedarf es einer Individualabrede; *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 82 Rz. 20, 19; *Hess*, InsO, 1999, § 254 Rz. 28; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 193 Rz. 13. Vgl. auch *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 254 Rz. 6.

95 Entsprechendes gilt für die Vereinbarung einer Stundung der Insolvenzforderung o.ä. im Insolvenzplan.

96 *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 254 Rz. 6; *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 254 Rz. 12.

97 *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 193 Rz. 9; *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 82 Rz. 20.

(vgl. § 423 BGB). Die Besonderheit besteht darin, daß der Erlaß *gleichwohl* stets auch im Innenverhältnis wirkt, indem er den Insolvenzschuldner gegenüber dem regreßberechtigten Mitschuldner in gleicher Weise entlastet wie gegenüber dem Gläubiger (§ 254 Abs. 2 Satz 2 InsO)⁹⁸; eine solche Wirkung hat ein Erlaßvertrag, den ein Gesamtschuldner mit dem Gläubiger schließt, nach allgemeinem Zivilrecht (§ 423 BGB) gerade nicht⁹⁹. Für eine im Insolvenzplan vorgesehene Stundung der Insolvenzforderung entspricht die Rechtsfolge des § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO freilich der des materiellen Rechts: Nach § 425 Abs. 1 BGB hat eine derartige Abrede stets nur Einzelwirkung¹⁰⁰.

b) Besonderheiten bei Mithaftung eines Gesellschafters

Zu beachten ist, daß § 254 Abs. 2 InsO keine Anwendung findet auf die persönliche Gesellschafterhaftung für Verbindlichkeiten der insolventen Gesellschaft. Hierfür erstreckt § 227 Abs. 2 InsO, der sachlich den § 109 Abs. 1 Nr. 3 VerglO und § 211 Abs. 2 KO entspricht¹⁰¹, die Wirkungen des Insolvenzplanes auf das Verhältnis zwischen Insolvenzgläubigern und (insolvenzfreien) Gesellschaftern. Erlangt die Schuldnergesellschaft durch die im gestaltenden Teil des Insolvenzplans vorgesehene Befriedigung „Befreiung“ von ihren restlichen Verbindlichkeiten (§ 227 Abs. 1 InsO), so gilt nach § 227 Abs. 2 InsO diese Befreiung auch „für die persönliche Haftung der Gesellschafter“. Das bedeutet für OHG-Gesellschafter, Komplementäre und die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft¹⁰², daß die aufgrund ihrer Gesellschafterstellung bestehende Haftung soweit entfällt, wie die Gesellschaft selbst nicht mehr schuldet. Ohne diese Regelung würden die Gesellschafter trotz des Planvergleichs mit ihrem Privatvermögen in voller Höhe weiter

98 Näheres dazu auf S. 360.

99 Vgl. *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 423 Rz. 14 ff. Ein bilateral vereinbarter Erlaß wirkt nach § 423 BGB auf die Binnenbeziehung der Gesamtschuldner sonst nur mittelbar, wenn nämlich auch im Außenverhältnis zum Gläubiger alle Schuldner befreit werden (Gesamtwirkung; *Staudinger/Noack* a.a.O. Rz. 17), oder in dem seltenen Fall sog. beschränkter Gesamtwirkung, bei dem die bestehenbleibende Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner um den Betrag gekürzt wird, der im Innenverhältnis von dem befreiten Gesamtschuldner zu tragen wäre (*Staudinger/Noack* a.a.O. Rz. 19).

100 Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 193 Rz. 9.

101 Begründung zum Regierungsentwurf des § 227 in *Uhlenbruck*, Das neue Insolvenzrecht, 1994, S. 608.

102 Vgl. *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO, § 227 Rz. 4; zur Frage der Anwendbarkeit des § 227 Abs. 2 InsO auf die Haftung von Kommanditisten und ausgeschiedenen Gesellschaftern *Noack* (Fn. 11), Rz. 542 ff.; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 55 f.; *Oepen* (Fn. 9), Rz. 298 ff., 307 ff.; *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 538 ff.; *Armbruster* (Fn. 11), S. 138 ff., 237 f.; zum alten Recht *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 211 Rz. 7 f.; *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 211 KO Anm. 3a, b.

haften¹⁰³. Die durch den Plan meist erstrebte Weiterführung des Schuldnerunternehmens durch die Gesellschafter würde vereitelt oder ihnen sogar die Gründung einer neuen Existenz unmöglich gemacht werden¹⁰⁴. Die Rechtsfolge, daß der Gesellschafter nicht weiter haftet, ergibt sich dabei eigentlich schon aus dem Akzessorietätsprinzip, das die Gesellschafterhaftung kennzeichnet¹⁰⁵.

Allerdings haften Gesellschafter, die für eine Gesellschaftsschuld eine Bürgschaft oder eine gesamtschuldnerische Mithaftung übernommen haben, aus diesem Rechtsgrund weiterhin¹⁰⁶. Die Regelung des § 227 Abs. 2 InsO findet dann keine (analoge) Anwendung, vielmehr gilt insofern wieder § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO, so daß die Schuldenregulierung im Verhältnis zwischen Gläubiger und Gesellschaft sie nicht entlastet¹⁰⁷. Nicht einmal Rückgriffsansprüche stehen ihnen gegen die Gesellschaft zu, denn diese wird „in gleicher Weise“ wie gegenüber den Gläubigern befreit (§ 254 Abs. 2 Satz 2 InsO). So hat ein Gläubiger, der sich z.B. einer Bürgschaft des Gesellschafters versichert, während des Insolvenzverfahrens den Vorteil, individuell gegen den bürgenden Gesellschafter vorgehen zu können¹⁰⁸; nach dem Insolvenzverfahren kommt ihm zugute, daß sich eine Schuldenregulierung nicht auf seine Bürgschaftsforderung erstreckt.

3. Wirkungen einer Restschuldbefreiung

Wenn Restschuldbefreiung erteilt wird (§ 300 InsO), dann wird der Schuldner gegenüber sämtlichen Insolvenzgläubigern von den im Insolvenzverfahren und bis zum Ende der Wohlverhaltensperiode nicht erfüllten Verbindlichkeiten befreit (§§ 286, 301 Abs. 1 InsO)¹⁰⁹. Die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des begünstigten Schuldners werden dagegen nach § 301 Abs. 2 InsO von der Restschuldbefreiung nicht berührt. Die Restschuldbefreiung soll eben nur dem betroffenen Schuldner einen wirtschaftlichen Neuanfang („fresh-start“) ermöglichen, nicht aber mithaftende Dritte privilegieren, die sich selbst keinem Restschuldbefreiungsver-

103 Zum zulässigen Umfang einer Regelung der persönlichen Gesellschafterhaftung im Insolvenzplan *Noack* (Fn. 11), Rz. 539 ff.; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 55 f.; *Oepen* (Fn. 9), Rz. 247; zum alten Recht *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 211 Rz. 4a.

104 BGHZ 100, 126, 129.

105 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 49 II 3; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 1980, § 5 IV 1c.

106 *Noack* (Fn. 11), Rz. 537; *Theißen*, ZIP 1998, 1625, 1628.

107 A.A. *Oepen* (Fn. 9), der – aus seiner Sicht konsequent (vgl. in diesem Beitrag oben S. 350) – § 227 Abs. 2 entsprechend anwenden will.

108 *K. Schmidt* in *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 10), Rz. 40; *Theißen*, ZIP 1998, 1625, 1628 f.; siehe oben S. 350.

109 *Hess*, InsO, 1999, § 301 Rz. 5.

fahren unterzogen haben¹¹⁰. Deshalb ist ein Insolvenzgläubiger durch die dem Schuldner erteilte Restschuldbefreiung nicht gehindert, den neben diesem haftenden Bürgen oder Gesamtschuldner in voller Höhe des ursprünglich geschuldeten Betrages in Anspruch zu nehmen. Es gilt insoweit nichts anderes als nach der Insolvenzplan-Regelung des § 254 Abs. 2 InsO, dem der § 301 Abs. 2 InsO auch (weitgehend)¹¹¹ entspricht.

III. Die Rechtsstellung von Gesamtschuldnern und akzessorisch Mithaftenden als Gläubiger des Insolvenzschuldners

1. Gesamtschuldner und Bürge als Insolvenzgläubiger

Die Insolvenzgläubigereigenschaft einer Person beurteilt sich nach materiellem Recht¹¹², nämlich danach, ob der Betreffende im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung gegen den Insolvenzschuldner persönlich einen begründeten Vermögensanspruch hat (§ 38 InsO). Gesamtschuldner und Bürge sind deshalb ohne weiteres Insolvenzgläubiger, soweit sie den Gläubiger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens befriedigt haben und deswegen bei dem Haupt- bzw. Mitschuldner aus dem jeweiligen Innenverhältnis¹¹³ oder aus übergegangenem Recht¹¹⁴ Regreß nehmen können. Rückgriffs- bzw. Ausgleichsansprüche des Bürgen oder Gesamtschuldners entstehen aber bereits mit Übernahme der Mithaftung, sie sind nur durch die Befriedigung des Gläubigers aufschiebend bedingt¹¹⁵. Da auch Ansprüche, die unter einer aufschiebenden Bedingung stehen, Insolvenzforderungen sein können¹¹⁶, nehmen Rückgriffs- bzw. Ausgleichsansprüche des Bürgen oder Gesamtschuldners *als solche* schon vor einer Zahlung an den Gläubiger materiell am Insolvenzverfahren teil, sie sind materiell-rechtlich den Insolvenzforderungen

110 *Nerlich/Römermann*, InsO, § 301 Rz. 19. Im Gesetzgebungsverfahren war noch gefordert worden, die Restschuldbefreiungswirkungen auf die Bürgen und Mitschuldner auszudehnen, die mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft leben, vgl. dazu *Nerlich/Römermann* a.a.O. Rz. 2 f.; *Krug/Haarmeyer* in *Smid*, InsO, 1999, § 301 Rz. 7.

111 Absonderungsrechte sind von den Wirkungen der Restschuldbefreiung auch dann nicht betroffen, wenn der belastete Gegenstand zum Schuldnervermögen gehört.

112 *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 38 Rz. 1; *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 6, 7.

113 Für die Gesamtschuld insbesondere aus § 426 Abs. 1 BGB; für die Bürgschaft etwa aus § 670 BGB.

114 Vgl. § 426 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 774 Abs. 1 Satz 1 BGB.

115 *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 426 Rz. 6, 36 und BGHZ 114, 117, 122; BGHZ 11, 170, 174 (Gesamtschuld); *Habersack* in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl. 1997, § 774 Rz. 17; BGH NJW 1974, 2000, 2001 (Bürgschaft).

116 Das ergibt sich jetzt u.a. aus §§ 77 Abs. 3 Nr. 1, 191 InsO. Eine dem § 67 KO entsprechende Regel gibt es in der InsO nicht. Zum alten Recht vgl. *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 3 Rz. 12; *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 116 ff.

rungen zugeordnet¹¹⁷. Im Hinblick auf die Insolvenzgläubigereigenschaft gilt regelmäßig nichts anderes, wenn man betont, daß bei einem Gesamtschuldverhältnis¹¹⁸ die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zunächst, d.h. vor Befriedigung des Gläubigers, *bedingungslos* als Befreiungs- bzw. Mitwirkungsanspruch existiert¹¹⁹. § 44 InsO steht in beiden Fällen einer Einordnung als Insolvenzforderung nicht im Wege, er hindert nur eine Geltendmachung der Ansprüche im Insolvenzverfahren¹²⁰. Die Vorschrift hat nur die verfahrensrechtliche Bedeutung, daß der rückgriffsberechtigte Gesamtschuldner oder Bürge erst dann im Insolvenzverfahren seine Forderung geltend machen darf, wenn er den Gläubiger befriedigt hat und dieser daher als Insolvenzgläubiger an dem Verfahren nicht teilnimmt. Bedeutung hat die Eigenschaft als Insolvenzforderung insbesondere insofern, als die Ansprüche des Bürgen bzw. Gesamtschuldners allen insolvenzverfahrensrechtlichen Vollstreckungsbeschränkungen unterworfen sind (z.B. § 89 InsO)¹²¹.

117 BGHZ 114, 117, 122 f.; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 3 Rz. 37; *Breutigam* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 44 Rz. 4; differenzierend im Hinblick auf die Eigenschaft des bedingten Anspruches gerade als Insolvenzforderung *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 140 ff., 177.

118 Im Falle der Bürgschaft gilt in der Regel Entsprechendes; vgl. § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

119 So, mit ausführlicher Begründung, *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 54, 57, 61 (zur Geltendmachung eines solchen Anspruches *Jaeger/Henckel* a.a.O. Rz. 23 sowie in diesem Beitrag unten S. 359). Nach *Henckel* a.a.O. ist allerdings auch der Rückgriffsberechtigte mit seinem Zahlungsanspruch, den er mit Befriedigung des Gläubigers erlangt, regelmäßig Insolvenzgläubiger. Das ergibt sich nach *Henckel* a.a.O. daraus, daß der rückgriffsberechtigte Gesamtschuldner oder Bürge, der den Gläubiger nach Insolvenzeröffnung voll befriedigt, in dessen insolvenzrechtliche Stellung als Insolvenzgläubiger einrückt. Nimmt der Gläubiger am Verfahren nicht teil, folgt nach *Henckel* a.a.O. die Insolvenzgläubigereigenschaft des Rückgriffsberechtigten mit seinem Zahlungsanspruch daraus, daß der im Insolvenzverfahren zunächst angemeldete Befreiungsanspruch sich in einen Anspruch auf Zahlung umgewandelt hat. Vgl. zum Inhalt eines Ausgleichsanspruches vor Zahlung eines Gesamtschuldners noch *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 426 Rz. 6, 73 ff.

120 *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO, 1999, § 44 Rz. 3. Dasselbe wurde schon zur Vorgängerregelung des § 33 VerglO ganz überwiegend vertreten, in der es allerdings noch unklar hieß, Bürge und Gesamtschuldner seien im Hinblick auf ihre Regreßforderungen „nur dann Vergleichsgläubiger“, wenn der Gläubiger mit seinem Anspruch nicht am Verfahren teilnimmt; BGHZ 114, 117, 122 f.; *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 33 Rz. 1 m.Nachw.

121 *Kilger/K. Schmidt* (Fn. 5), § 3 VerglO Anm. 2; *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 44 Rz. 10.

2. Geltendmachung von Ausgleichs- und Rückgriffsansprüchen durch den Regreßberechtigten im Insolvenzverfahren

a) Geltendmachung neben einer Verfahrensteilnahme des Hauptgläubigers

Als Inhaber einer (aufschiebend bedingten) Insolvenzforderung wären Bürge und Gesamtschuldner an sich stets berechtigt, am Insolvenzverfahren über das Vermögen ihres Regreßschuldners in voller Höhe des (potentiellen) Anspruches teilzunehmen. Nach § 44 InsO ist es einem Bürgen bzw. Gesamtschuldner allerdings nur dann gestattet, die Forderung, die er durch Befriedigung des Insolvenzgläubigers künftig gegen den Insolvenzschuldner erwerben könnte, im Insolvenzverfahren geltend zu machen, wenn der Gläubiger seine Forderung selbst nicht geltend macht¹²². Damit soll im Insolvenzverfahren eine „Doppelberücksichtigung“ der materiell gegen den Insolvenzschuldner nur *einmal* existierenden Forderung verhindert werden¹²³. Hat also der Gläubiger seine noch ungetilgte Forderung im Insolvenzverfahren vollumfänglich angemeldet, dann ist dem Bürgen bzw. Gesamtschuldner die Geltendmachung des bedingten Zahlungsanspruches ebenso versagt wie die Geltendmachung des unbedingten Mitwirkungs- bzw. Befreiungsanspruches¹²⁴. Nichts anderes gilt nach dem Grundsatz des § 44 InsO, wenn der Bürge oder Gesamtschuldner den Gläubiger nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens *teilweise* befriedigt und hierdurch materiell-rechtlich einen (nunmehr unbedingten) Regreßanspruch gegen den Gläubiger erworben hat¹²⁵. Auch in diesem Fall besteht die Gefahr, daß die Forderung zu Lasten des Insolvenzschuldners bzw. der Masse über ihren eigentlichen Wert hinaus bedacht wird, weil der vom Hauptgläubiger angemeldete Forderungswert bis zur Vollbefriedigung für das gesamte Verfahren maßgeblich bleibt (§ 43 InsO) und insofern nach Insolvenzeröffnung eingehende Teilzahlungen, die einen Regreßanspruch des Bürgen bzw. Gesamtschuldners gegen den Insolvenzschuldner auslösen, nicht angerechnet werden. Ganz überwiegend wird die Regelung des § 44 InsO so verstanden, daß dem Bürgen oder Gesamtschuldner schlechthin die aktive Teilnahme am Insolvenzverfahren versperrt ist: Er soll nicht nur keine Quote verlangen, sondern auch schon seine Forderung nicht anmelden dürfen; dementsprechend soll ihm kein Stimm-

122 BGHZ 27, 51, 54.

123 Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 44 Rz. 2; Eickmann (Fn. 27), § 44 Rz. 1; Smid, InsO, 1999, § 44 Rz. 1; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 1; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 57, 61; Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 33 VerglO Anm. 1.

124 Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 1; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 54, 57; BGHZ 55, 117.

125 Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 44 Rz. 6; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 61; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 7; Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 33 VerglO Anm. 3.

recht zustehen und er bei der Berechnung von Mehrheiten nicht mitgezählt werden¹²⁶.

Bei einer Teilbefriedigung vor Eröffnung des Verfahrens ist der Regreßgläubiger dagegen berechtigt, sich neben dem Hauptgläubiger in Höhe des Ausgleichsanspruchs für seine Teilleistung an dem Verfahren zu beteiligen¹²⁷. Eine doppelte Belastung des Schuldners bzw. der Gläubigergemeinschaft droht in diesem Fall nicht. Denn ebenso wie eine Person nach § 38 InsO stets nur insofern Insolvenzgläubiger ist, als ihr bei Insolvenzeröffnung gegen den Schuldner ein Anspruch gebührt, so kann auch nach § 43 InsO ein Gläubiger im Falle einer Schuldnermehrheit allein den Betrag im Insolvenzverfahren geltend machen, „den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte“. Zum maßgeblichen Zeitpunkt steht dem Hauptgläubiger aber nur noch die Restforderung zu, im übrigen ist der teilleistende Bürge oder Gesamtschuldner unbedingter und ausschließlicher Anspruchsinhaber (vgl. §§ 426 Abs. 2 Satz 1, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB)¹²⁸. Als solcher darf er seine Teilrückgriffsforderung als Zahlungsanspruch anmelden und neben dem Hauptgläubiger am Insolvenzverfahren teilnehmen. Diese Rechtsfolge ergibt sich auch aus § 44 InsO, der eben die Geltendmachung nur derjenigen Ansprüche ausschließt, die Bürge oder Gesamtschuldner *künftig* gegen den Schuldner erwerben *könnten*¹²⁹. Ferner kommt eine parallele Beteiligung des Rückgriffsberechtigten und Hauptgläubigers im Insolvenzverfahren auch bei einer teilweisen Befriedigung des Hauptgläubigers *nach Verfahrenseröffnung* dann in Betracht, wenn mit der Teilleistung die Mithaftung des Bürgen oder Gesamtschuldners vollständig abgedeckt ist (Teilbürgschaft bzw. -gesamtschuld)¹³⁰.

Zu beachten ist, daß in keinem der genannten Fälle die Verfahrensteilnahme des Bürgen oder Gesamtschuldners neben der des Hauptgläubigers durch den zivilrechtlichen Grundsatz „nemo subrogat contra se“, also dadurch *ausgeschlossen* ist, daß bei einer Teilzahlung der Forderungsübergang „nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden“ kann (§§ 426 Abs. 2 Satz 2, 774 Abs. 1 Satz 2 BGB)¹³¹. Der Hauptgläubiger kann stets nur den ihm im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. im Falle einer ursprüngli-

126 Kübler/Prütting/Holzer, InsO, § 44 Rz. 6; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 3; Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 33 VerglO Anm. 2.

127 BGH NJW 1997, 1014, 1015; RGZ 83, 401, 403 ff.; Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 3 Rz. 37; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 KO Rz. 60; v. Olshausen, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, 1988, S. 241 ff.; a.A. Häsemeyer (Fn. 8), Rz. 17.06 (nur Teilnahme des Hauptgläubigers); ders., KTS 1993, 151, 175; s. dazu noch in diesem Beitrag oben S. 340 f.

128 RGZ 83, 401, 403 ff.

129 Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 3.

130 Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 59; siehe dazu noch oben S. 343 f.

131 Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 60; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 5; Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 3 Rz. 37, § 68 Rz. 4.

chen Teilmithaftung nach Zahlung noch zustehenden Betrag geltend machen¹³². Wäre dann aber wegen §§ 426 Abs. 2 Satz 2, 774 Abs. 1 Satz 2 BGB auch dem Teilzahlenden die Teilnahme am Insolvenzverfahren mit seinem Ausgleichsanspruch versagt, so würde zum einen der Bürge bzw. Gesamtschuldner um seine volle Dividende geschädigt, zum anderen würden die übrigen Insolvenzgläubiger im Verfahren einen nicht berechtigten Vorteil erfahren¹³³. Das heißt freilich nicht, daß in der Insolvenz des zum Ausgleich verpflichteten Schuldners die Regel des § 426 Abs. 2 Satz 2 bzw. § 774 Abs. 1 Satz 2 BGB schlechthin verdrängt ist. Eine derartige Schlußfolgerung ergibt sich zwingend weder aus dem Wortlaut der §§ 43, 44 InsO noch aus dem verfahrensrechtlichen Prinzip der Gläubigergleichbehandlung. Dem Grundsatz „nemo subrogat contra se“ nach §§ 426 Abs. 2 Satz 2, 774 Abs. 1 Satz 1 BGB ist vielmehr dadurch Rechnung zu tragen, daß der infolge der Verfahrensbeteiligung des Mithaftenden bestehende Nachteil des Gläubigers in Gestalt der Quotenminderung auszugleichen ist¹³⁴. Der am Insolvenzverfahren teilnehmende Gesamtschuldner bzw. Bürge muß deshalb die auf ihn entfallende Quote an den Gläubiger auskehren, soweit das zu dessen Befriedigung erforderlich ist¹³⁵. Insoweit besteht allerdings nur ein materiell-rechtliches Rangverhältnis, das sich insolvenzverfahrensrechtlich nicht auswirkt¹³⁶. Den Insolvenzverwalter brauchen solche Sonderbeziehungen nicht zu kümmern; er kann die Forderung anerkennen, jedoch die Rechtszuständigkeit der Anmeldenden „bis zum Austrage des Streits unter ihnen“ bestreiten¹³⁷.

b) Geltendmachung ohne Verfahrensteilnahme des Hauptgläubigers

Ist der Gläubiger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in vollem Umfang befriedigt worden, dann spielen die §§ 43, 44 InsO keine Rolle: Insolvenzgläubiger ist von vornherein nur der rückgriffsberechtigte Bürge bzw. Ge-

132 Teilweise a.A. *Häsemeyer*, KTS 1993, 151, 175 ff.; dazu ausführlich oben S. 340 f.

133 RGZ 83, 401, 405; *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 60.

134 Hat etwa (so das Beispiel von *Eickmann* [Fn. 27], § 43 Rz. 10) der Bürge die Gläubigerforderung von insgesamt 100 000 DM vor Verfahrenseröffnung um 30 000 DM getilgt und bestehen bei einer Insolvenzzumasse von 100 000 DM noch weitere Forderungen von 200 000 DM, dann erhalte der Gläubiger ohne Beteiligung des Bürgen eine Quote von 37% auf seine noch offenen 70 000 DM. Dagegen steht ihm bei einer Verfahrensbeteiligung des Bürgen und der daraus folgenden Erhöhung der Insolvenzforderungen um 30 000 DM nur eine Quote von 33% zu. Der auszugleichende Nachteil des Gläubigers beträgt demnach 2 800 DM.

135 *Breutigam* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 44 Rz. 8; ausführlich dazu *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 271 ff.; vgl. auch RGZ 83, 401, 406.

136 Nach *Eickmann* (Fn. 27), § 43 Rz. 10 ist dagegen schon in der Verteilung der Differenzbetrag der Gläubigerquote zuzuschlagen.

137 BGH NJW 1997, 1014, 1015.

samtschuldner, der die Leistung an den bisherigen Gläubiger bewirkt hat. Er allein nimmt in Höhe seines Ausgleichsanspruches am Insolvenzverfahren teil. Entsprechendes gilt, wenn nach Insolvenzeröffnung an den Insolvenzgläubiger in vollem Umfang gezahlt wurde¹³⁸. In diesem Fall scheidet der Gläubiger aus dem Insolvenzverfahren aus und der regreßberechtigte Bürge oder Gesamtschuldner tritt als Insolvenzgläubiger an seine Stelle – freilich nur in Höhe des jeweiligen Ausgleichsanspruches. Weder § 43 InsO noch § 44 InsO steht einer Beteiligung des Rückgriffsberechtigten im Wege. Als Schutzvorschrift zugunsten des bisherigen Gläubigers kommt § 43 InsO nicht zum Zuge, weil dieser nach vollständiger Befriedigung keines Schutzes mehr bedarf¹³⁹. Eine „Doppelberücksichtigung“, die § 44 InsO verhindern soll, droht nicht, weil mit der Vollzahlung die Forderung auf den Leistenden übergegangen und der ursprüngliche Gläubiger als Forderungsinhaber ausgeschieden ist¹⁴⁰.

Vielfach wird der Gläubiger seine Forderung nicht zur Insolvenztabelle anmelden und sich von vornherein an den solventen Bürgen oder Gesamtschuldner halten. Dann schließt § 44 InsO die Anmeldung eines Ausgleichsanspruches der Mithaftenden nicht aus. Entgegen dem Wortlaut des § 44 InsO („wenn“) ist anzunehmen, daß sie ihre Forderungen im Insolvenzverfahren darüber hinaus geltend machen können, *soweit* der Gläubiger seinen Anspruch nicht zur Anmeldung gebracht hat und nur mit einem reduzierten Betrag Insolvenzgläubiger ist. In beiden Fällen kann der Regreßberechtigte seine Ausgleichsforderung als aufschiebend bedingten Zahlungsanspruch zur Tabelle anmelden. Zulässig ist statt dessen auch eine Anmeldung des Befreiungs- bzw. Mitwirkungsanspruches nach §§ 426 Abs. 1 Satz 1, 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB¹⁴¹, der inhaltlich darauf gerichtet ist, an den Drittgläubiger in Höhe des von dem Mitschuldner zu tragenden Anteils zu leisten¹⁴². Mit diesem Inhalt ist die Forderung als unbedingte zur Insolvenztabelle anzumelden¹⁴³; gegebenenfalls, wenn der Anspruch nicht ohnehin auf Geldzahlung an den Drittgläubiger geht, ist gemäß § 45 Satz 1 InsO umzurechnen¹⁴⁴. Die Dividende muß dann an den Drittgläubiger ausgeschüttet werden¹⁴⁵.

138 *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 60; *Bley/Mohrbutter* (Fn. 27), § 33 Rz. 4, 6; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 3 Rz. 37.

139 *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 68 Rz. 1b; BGHZ 39, 319, 327.

140 *Breutigam* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 44 Rz. 6.

141 A.A. *Weber*, Anmerkung zu BAG AP Nr. 1 zu § 67 KO (Anmeldung nur eines bedingten Rückgriffsanspruches).

142 Vgl. *Staudinger/Noack* (Fn. 21), § 426 Rz. 77.

143 *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 23; *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 222 ff. jeweils mit ausführlicher Begründung; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fn. 1), § 69 Rz. 3d; anders BAG AP Nr. 1 zu § 67 KO (Anmeldung des Befreiungsanspruches als aufschiebend bedingte Forderung); dem BAG für § 775 BGB folgend *Habersack* in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl. 1997, § 775 Rz. 15.

144 *Wissmann* (Fn. 11), Rz. 236 ff.

145 *Jaeger/Henckel* (Fn. 26), § 3 Rz. 23.

3. Wirkungen eines bestätigten Insolvenzplanes und der Restschuldbefreiung

Ein rechtskräftiger Insolvenzplan befreit den insolventen Schuldner gegenüber den Insolvenzgläubigern in der festgelegten Höhe. Die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Bürgen und Mitschuldner des Schuldners bleiben dagegen unberührt, heißt es in § 254 Abs. 2 Satz 1 InsO. Der Schuldner würde allerdings konterkariert, wenn der von dem Gläubiger in Anspruch genommene Gesamtschuldner oder Bürge im Wege des Regresses auf den ehemaligen Insolvenzschuldner zugreifen könnte¹⁴⁶. Er kann es nicht, da sein Rückgriffsrecht als aufschiebend bedingter Anspruch bereits bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand und daher von den materiellen Planwirkungen betroffen ist¹⁴⁷. Klarstellend bestimmt § 254 Abs. 2 Satz 2 InsO, der den früheren §§ 193 S. 2 KO, 82 Abs. 2 Satz 2 VerglO entspricht, daß der Schuldner durch den Plan gegenüber dem Bürgen und Mitschuldner in gleicher Weise wie gegenüber dem Gläubiger befreit wird. In gleicher Weise bedeutet: Die Forderung des Gläubigers und der Rückgriffsanspruch des Gesamtschuldners bzw. Bürgen erhalten zusammen eine Quote. Für den Regreß bleibt daher nur, was der Gläubiger dem Insolvenzschuldner nicht abverlangt¹⁴⁸. *Beispiel:* Der Insolvenzschuldner (§ 1) schuldet dem Gläubiger 100 DM; gesamtschuldnerisch neben ihm haftet S 2; im Innenausgleich besteht Verpflichtung zu gleichen Teilen. Die Quote des Insolvenzplans beträgt 40%. Wenn der Gläubiger von S 1 30 DM erhält, so kann S 2, der 70 DM an den Gläubiger gezahlt hat, in Höhe von 10 DM bei S 1 Regreß nehmen¹⁴⁹. Dasselbe wie bei einem Insolvenzplan gilt, wenn Restschuldbefreiung erteilt wird. Auch in diesem Fall wird der Schuldner gegenüber dem Mitschuldner in gleicher Weise befreit wie gegenüber den Insolvenzgläubigern (§ 301 Abs. 2 Satz 2 InsO).

IV. Beschränkte Teilnahmerechte von Gesamtschuldner und akzessorisch Mithaftendem im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mit- bzw. Hauptschuldners?

Nach § 44 InsO können Bürgen und Gesamtschuldner ihren Ausgleichsanspruch im Insolvenzverfahren nicht geltend machen, soweit sie den Hauptgläubiger nicht vor Verfahrenseröffnung befriedigt haben und dieser am Verfahren teilnimmt. Der Ausschluß des Bürgen oder Gesamtschuldners von der Geltendmachung gemäß § 44 InsO wird ganz überwiegend in dem

146 Kübler/Prütting/Otte, InsO, § 254 Rz. 12 f.; Hess, InsO, 1999, § 254 Rz. 25.

147 Vgl. Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 82 VerglO Anm. 5; BGHZ 114, 117, 123.

148 Bork in Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, 51, 53; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 82 Rz. 22.

149 Schiessler, Der Insolvenzplan, 1997, 191 ff.; Häsemeyer (Fn. 8), Rz. 28.82; Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 82 VerglO Anm. 5; BGHZ 55, 117.

Sinne verstanden, daß dem Rückgriffsberechtigten trotz seiner grundsätzlichen Eigenschaft als Insolvenzgläubiger generell versagt ist, seine Forderung zur Tabelle anzumelden¹⁵⁰. Die Ansprüche werden infolgedessen weder bei der Berechnung der Verteilungsquote berücksichtigt, noch erhält der Bürge bzw. Gesamtschuldner bei der Verteilung auf seine Forderung eine Dividende, auch dann nicht, wenn er den Gläubiger nach Verfahrenseröffnung teilweise befriedigt hat. Mangels Anmeldung gewähren die Forderungen dem Mithaftenden zudem kein Stimmrecht (vgl. §§ 77, 237 InsO), und sie werden auch bei der Berechnung der Mehrheiten (vgl. §§ 76, 244 InsO) nicht mitgezählt¹⁵¹.

Dieser weitreichende Ausschluß von der Teilnahme am Insolvenzverfahren erscheint im Hinblick auf die Wirkung eines Insolvenzplanes, wonach einerseits im Außenverhältnis zum Gläubiger dessen Ansprüche gegenüber dem Bürgen oder Mitschuldner in vollem Umfang fortbestehen, andererseits im Innenverhältnis die Regreßforderungen gegen den Haupt- bzw. Mitschuldner durch die im Plan vereinbarte Quote beschränkt sind (§ 254 Abs. 2 InsO), nicht unbedenklich. Denn zum einen wirkt ein im Insolvenzplan vorgesehener Erlaß restschuldbefreiend, indem er den Schuldner mit Befriedigung der Planquote (auch) gegenüber den Regreßberechtigten entschuldet und diesen damit das Recht zur freien Nachforderung nimmt, das ihnen nach § 201 Abs. 1 InsO im Insolvenzregelverfahren nach Verfahrensaufhebung (§ 200 Abs. 1 InsO) zusteht¹⁵². Zum anderen kann es sein, daß der gestaltende Teil des Insolvenzplanes eine Befriedigungsquote für die betroffenen Insolvenzgläubiger vorsieht, die unterhalb des in einem Regelverfahren erzielbaren und damit dem Mithaftenden im Ergebnis stets¹⁵³ zugute kommenden Betrages liegt, auf deren Höhe aber der Mithaftende insoweit keinen Einfluß nehmen kann, als er mangels Stimmrecht weder an einem Beschluß mitwirkt, der den Verwalter zur Ausarbeitung eines Insolvenzplanes mit bestimmter Zielvorgabe beauftragt (vgl. § 157 Satz 2 InsO), noch an der Abstimmung über den Plan selbst beteiligt ist (vgl. §§ 237, 243 InsO). Dabei ist die Vereinbarung einer solchen niedrigeren Quote in einem Insolvenzplan

150 Kübler/Prütting/Holzer, InsO, § 44 Rz. 6; Eickmann (Fn. 27), § 44 Rz. 1; Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO, § 44 Rz. 6; Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 1), § 3 Rz. 37, § 68 Rz. 4d; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 3 Rz. 54, 57, 61; Wissmann (Fn. 11), Rz. 202 f., 218 mit anderer Ansicht aber zum bisherigen Recht nach der KO (a.a.O. Rz. 191 ff., 218).

151 Kübler/Prütting/Holzer, InsO, § 44 Rz. 6; Bley/Mohrbutter (Fn. 27), § 33 Rz. 2; Kilger/K. Schmidt (Fn. 5), § 33 VerglO Anm. 2; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, § 44 Rz. 3.

152 Vgl. Bork (Fn. 3) Rz. 328.

153 Die Insolvenzquote kommt dem Mithaftenden unmittelbar zugute, wenn er den Gläubiger voll befriedigt und damit an seiner Stelle am Verfahren teilnimmt. Bei einer Ausschüttung der Dividende an den Gläubiger profitiert der Mithaftende mittelbar von der Quote, weil der Gläubiger dann nur noch einen Anspruch auf den von der Insolvenzquote nicht gedeckten Teil hat.

durchaus nicht fernliegend. So können die Insolvenzgläubiger zu weitreichenden Nachlässen bereit sein, etwa um die Sanierung des Schuldnerunternehmens zu ermöglichen. Insbesondere die Gläubiger, denen neben dem Insolvenzschuldner noch eine weitere Person haftet, werden sich mit Blick auf die ihnen nach § 254 Abs. 2 Satz 2 InsO erhalten bleibenden Sicherheiten unter Umständen als „großzügig“ erweisen und auf ihre Insolvenzforderung teilweise oder sogar vollständig verzichten. In solchen Fällen käme die Insolvenzplanvereinbarung einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter durchaus nahe¹⁵⁴. Vergleichbare Bedenken gegen einen umfassenden Ausschluß des Bürgen bzw. Gesamtschuldners von der Verfahrensteilnahme durch § 44 InsO scheint es in bezug auf die Wirkungen der Erteilung einer Restschuldbefreiung zu geben, wonach der Mithaftende nach Inanspruchnahme durch den Gläubiger endgültig sein Recht verliert, bei dem ehemaligen Insolvenzschuldner Regreß zu nehmen (§ 301 InsO)¹⁵⁵.

Es wird vorgeschlagen, „den Sicherungsgebern wegen dieses potentiellen Regreßausfalles bei dem Zustandekommen eines Insolvenzplanes ein eigenes Stimmrecht zu geben“¹⁵⁶. Für das Restschuldbefreiungsverfahren wird eine mit Blick auf Art. 103 Abs. 1 GG verfassungskonforme Auslegung des § 44 InsO verlangt, wonach dem Bürgen bzw. Gesamtschuldner durch Verfahrensteilnahme rechtliches Gehör zu gewähren ist¹⁵⁷. Dem steht allerdings entgegen, daß eine Stimmberechtigung des Mithaftenden neben dem vollen Stimmrecht des gesicherten Insolvenzgläubigers zum Nachteil der übrigen eine „Doppelberücksichtigung“ der nur einmal bestehenden Forderung bedeuten würde. Zieht man demgegenüber eine Aufteilung des Stimmrechts zwischen Insolvenzgläubiger und Mithaftendem in Erwägung, stellt sich die schwer zu beantwortende Frage, wie denn die Stimmverteilung errechnet werden soll. Denkbar wäre noch eine gemeinschaftliche Stimmrechtsausübung, dann besteht allerdings die Schwierigkeit, daß sich der gesicherte Insolvenzgläubiger mit dem Bürgen bzw. Gesamtschuldner darüber einig werden muß, wie abgestimmt werden soll. Indes ist der Bürge bzw. Gesamtschuldner auch ohne Anmeldung seiner Forderung und einem daraus folgenden Stimmrecht hinreichend vor den oben genannten Nachteilen im Insolvenzverfahren über das Regreßschuldnervermögen geschützt. So wird ihm bereits aufgrund seiner Eigenschaft als Insolvenzgläubiger rechtliches Gehör dadurch gewährt, daß er an den Gläubigerversammlungen teilnehmen darf (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO). Im Insolvenzplanverfahren kann der Bürge bzw. Gesamtschuldner an dem Erörterungs- und Abstimmungstermin teilnehmen (§ 235 InsO); freilich wird er hierzu mangels Forderungsan-

154 *Breutigam* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 222 Rz. 17, § 254 Rz. 5; s. auch *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 254 Rz. 13 mit vergleichenden Hinweisen auf das US-amerikanische Recht.

155 *Smid*, InsO, 1999, § 44 Rz. 2.

156 *Breutigam* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 254 Rz. 5, § 222 Rz. 17.

157 *Smid*, InsO, 1999, § 44 Rz. 2.

meldung nicht besonders geladen (vgl. § 235 Abs. 3 InsO). Dabei ist zu berücksichtigen, daß aufgrund der Erörterung im Termin noch eine inhaltliche Änderung des Planes möglich ist (§ 240 InsO). Schließlich ist der Mithaftende als Insolvenzgläubiger im Planverfahren insbesondere berechtigt, Minderheitenschutz gemäß § 251 InsO in Anspruch zu nehmen¹⁵⁸. Das gilt ganz unabhängig davon, ob er seine Forderung angemeldet hat und infolgedessen selbst stimmberechtigt ist¹⁵⁹. Für den Fall einer Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO muß der Bürge bzw. Gesamtschuldner auch ohne eigene Stimmberechtigung als Insolvenzgläubiger gehört werden, und ihm steht auch das Recht zu, gegen den Restschuldbefreiung stattgebenden Beschluß sofortige Beschwerde einzulegen (§ 289 InsO).

158 Ausführlich zum Minderheitenschutz nach § 251 InsO *Smid/Rattunde*, Der Insolvenzplan, 1998, Rz. 644 ff.

159 Begründung zum Regierungsentwurf zu § 251 bei *Uhlenbruck* (Fn. 16), S. 639; a.A. offenbar *Breutigam* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 254 Rz. 5.