

gebot von Waren und Dienstleistungen und bei der Durchführung der Verträge. Wenn ein Unternehmen bestimmte Rabatte nur für Ehen gewährt und Lebenspartnerschaften davon ausschließen würde, läge eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität nach § 19 Abs. 1 AGG vor.³⁹⁴ Bei Rabatten, die sich am Lebensalter oder am Geschlecht einer Person orientieren, hängt ihre lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit entscheidend von dem mit der Differenzierung verfolgten Zweck ab.³⁹⁵ Die Behauptung, das Lauterkeitsrecht kenne keine Diskriminierungsverbote und erlaube dem Unternehmen willkürlich zu unterscheiden, ist mittlerweile sehr brüchig geworden. Das Lauterkeitsrecht kennt zwar keine Gleichbehandlung im Ergebnis. Das wäre mit der Wettbewerbsfreiheit unvereinbar. Rechtfertigungsfähige Gleichbehandlungspflichten zählen dagegen zum lauterkeitsrechtlichen Inventar. Das ist keine neue Erkenntnis. *Wolfgang B. Schönemann* stellte noch zum alten UWG mit Blick auf Art. 3 GG zutreffend fest, dass der

„Satz, es bestehe grundsätzlich kein Verbot unterschiedlicher Behandlung im wirtschaftlichen Wettbewerb, demnach irreführend und selbstverständlich zugleich [ist]: Gleichheit etwa der Vertragskonditionen iS ihrer Identität ist gerade nicht die grundgesetzlich gemeinte Gleichheit. Nur 'willkürliches' Verfahren, nicht aber z. B. auf ökonomisch unterschiedlich starken Markt- und Verhandlungspositionen beruhende Differenzierungen würden überhaupt mit der ideellen Substanz des Gleichheitsprinzips kollidieren können.“³⁹⁶

V. Grundsatz der Gleichbehandlung im Insolvenzrecht

1. Inhalt und Konzeptionen des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes

Jedes Insolvenzrecht kennt das Prinzip der *par condicio creditorum*.¹ Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung („par condicio creditorum“, „equal treatment of all creditors“, „pari passu“) ist nach Auffassung des Bundesgerichtshofs „das Kernstück des Konkurses als einer Gesamtvollstreckung“². Er prägt daher das deutsche Insolvenzrecht,³ die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁴ und das Europäische Insolvenzrecht⁵. Der Grundsatz be-

394 Dazu näher *Grünberger*, FPR 2010, 203, 207 und unten § 6 III 4 c).

395 Vgl. *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4 Rn. 1.96; nicht ausreichend differenzierend dagegen *Steinbeck* in: *Fezer*, UWG, § 4-1 Rn. 276.

396 *Schönemann* in: *GK-UWG*, Ein A 69.

1 Vgl. *Fletcher*, *Insolvency in Private International Law*, 2005, Rn. 1.08 und die Nachweise bei *Mokal*, 60 *Cambridge L.J.* 581-82 (2001).

2 BGHZ 88, 147, 150.

3 Dazu einstweilen *Hueck*, *Gleichbehandlungsgrundsatz*, 1958, 73 ff.

4 Vgl. dazu den Überblick bei *Wiórek*, *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, 2005, 99 ff.

5 Dazu *Wiórek*, *Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht*, 2005, 61 ff.

deutet, dass (1.) im Fall der Insolvenz alle Gläubiger des insolventen Schuldners gemeinschaftlich befriedigt werden, (2.) dass sie im Prinzip gleichmäßig befriedigt werden und (3.) dass diese Befriedigung, soweit eine volle Befriedigung nicht möglich ist, anteilig erfolgt.⁶ Mit anderen Worten: Das Vermögen des Insolvenzschuldners, also die Insolvenzmasse, haftet allen Gläubigern grundsätzlich zu gleichen Teilen relativ zur Höhe ihrer Forderungen. Die gleiche Behandlung der Gläubiger ist die *default-rule* in der Insolvenz. Das ist ein ausfüllungsbedürftiges Konzept und erlaubt daher verschiedene Deutungsmöglichkeiten:⁷

Nach einer Auffassung ist die Gleichbehandlung angesichts der vom Gesetz angeordneten Priorität bestimmter Gläubiger ein Mythos.⁸ Die InsO enthält eine Rangordnung von Gläubigern, die von der Aussonderung (§ 47 InsO) über die Absonderung (§§ 49 ff InsO) und die Masseverbindlichkeiten (§§ 53 ff InsO) zu den regulären Insolvenzgläubigern (§ 38 InsO) – unter denen die aufrechnungsberechtigten (§ 94 InsO) ihrerseits Vorrang genießen – und schließlich zu den nachrangigen Insolvenzgläubigern (§ 39 InsO) führt. Das Gleichbehandlungsprinzip beschränke sich daher auf die Funktion einer transaktionskostenniedrigen *fall back rule*, welche die Verteilung unter nicht vorrangig gesicherten Gläubigern und innerhalb derselben Kategorie von Gläubigern regelt.⁹

Dagegen geht die in Deutschland überwiegende Auffassung davon aus, dass die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung wichtigster Zweck des Insolvenzverfahrens und damit oberster Verfahrensgrundsatz und primäre Verteilungsregel ist.¹⁰ Der Gegensatz des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist das Prioritätsprinzip in der Einzelvollstreckung. Während dort die Chance besteht, dass jeder Gläubiger, der die Vollstreckung betreibt, aus dem Vermögen befriedigt werden kann, ist das bei der Zahlungsunfähigkeit ausgeschlossen. Daher wird der vom Prioritätsprinzip gewollte Wettlauf der Gläubiger zur Befriedigung gestoppt (vgl. § 87 InsO). An seine Stelle tritt ein Verfahren gemeinschaftlicher (vgl. § 1 S. 1 InsO), gleichmäßiger (vgl. § 89 Abs. 1 InsO) und anteiliger (vgl. §§ 38, 187, 188, 195 f InsO) Befriedigung. Damit werden die Interessen aller Gläubiger berücksichtigt, weil sie wenigstens die gleichen Chancen auf Befriedigung erhalten.¹¹ Die formale Gleichbehandlung aller Gläubiger wird in dieser Konzeption durch das Gebot sachgerechter Differenzierung ergänzt, das eine

6 Vgl. Prütting in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 61.

7 Vgl. zum Folgenden näher Wiórek, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 75 ff; Guski, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 118 ff.

8 Mokál, 60 Cambridge L.J. 581, 585-90 (2001); ähnlich auch Flessner, ZIP 1981, 113, 117 f.

9 Mokál, 60 Cambridge L.J. 581, 611-16 (2001); ähnlich auch Dorndorf, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 40.

10 Exemplarische Vertreter dieser in Deutschland wohl überwiegenden Position sind Prütting in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 61 ff; Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, 1990, 49; Stürmer in: MünchKomm-InsO, Einl. Rn. 62 f und Uhlenbruck in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Kap. 12 Rn. 10.

11 Vgl. Wiórek, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 76 f.

Gruppenbildung und Rangordnung unter den Gläubigern nicht nur erlaubt, sondern gebietet.¹² Das gilt insbesondere für die nach wie vor umstrittene Begründung der Unterschiede zwischen dinglich gesicherten und ungesicherten Gläubigern.¹³ Utilitaristisch betrachtet, dient sie dem gesamtwirtschaftlichen Nutzen, weil sie die (gesicherte) Kreditvergabe anreize.¹⁴ Normativ argumentiert, sind die dinglichen Sicherungsrechte Ausdruck der privatautonomen Handlungsfreiheit zwischen Schuldner und individuellem Gläubiger und gehen daher einer Gleichbehandlung vor.¹⁵ Gerechtigkeitstheoretisch formuliert, sei die Privilegierung der dinglich gesicherten Gläubiger auf Grundlage des Leistungsprinzips gerechtfertigt, weil ihre bevorzugte Befriedigung ein Äquivalent zur Leistung des Kreditgebers ist.¹⁶ Mit diesen Begründungsansätzen wird teilweise bereits die Anwendbarkeit des Gleichbehandlungsgrundsatzes verneint.¹⁷ Überzeugender scheint mir dagegen der Ansatz, darin jeweils Rechtfertigungsgründe einer tatbestandlich vorliegenden Ungleichbehandlung zu sehen.¹⁸ Im Ergebnis wird Gläubigergleichbehandlung dann zur „Gruppengerechtigkeit“¹⁹ (vgl. §§ 222, 226 InsO).

Damit ist aber nur eine Facette des Gleichbehandlungsgrundsatzes angesprochen. *Ludwig Häsemeyer* hat vorgeschlagen, drei Schichten des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu unterscheiden:²⁰ (a) Das internationale Insolvenzrecht regelt die Gleichbehandlung der Gläubiger aus verschiedenen Staaten (vgl. Erwägungsgrund 21 S. 1 VO 1346/2000/EG²¹). (b) Der Gleichbehandlungsgrundsatz im nationalen Sachrecht sichere die Chancengleichheit der Gläubiger im Insolvenzverfahren und damit ihre „formelle“ Gleichbehandlung. (c) Seine primäre Aufgabe sei es, die „substantielle“ Gleichbehandlung der Gläubiger untereinander zu

12 Vgl. *Ganter* in: MünchKomm-InsO, § 1 Rn. 51 f.

13 Vgl. dazu einerseits *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 147 ff und andererseits jetzt *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 232 ff, die dieses Verständnis einer grundlegenden und überzeugenden Kritik unterziehen.

14 *Stürner*, ZZZ 94 (1981), 263, 270 f; *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65, 71 ff; *Eidenmüller*, Unternehmensexperimentation zwischen Markt und Gesetz, 1999, 24 f.

15 Zu diesem Ansatz näher *Harris/Mooney*, 80 Va. L. Rev. 2021, 2047-66 (1994) und zur deutschen Diskussion *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 28 ff, 38 ff. Ähnlich *Paulus*, FS Uhlenbruck, 2000, 33, 41 ff, wenn er die Insolvenzanfechtung, die ihrerseits Ausdruck des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist (dazu gleich im Text) als Beschränkung der Privatautonomie von Schuldner und Gläubiger einordnet.

16 *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 47 ff; mit guten Gründen dagegen *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 245 ff.

17 So beispielsweise *Windel*, Jura 2002, 230, 231.

18 Dafür *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 150; ähnlich auch *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65, 70.

19 *Schmidt*, Gutachten D, in: Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentags, München, 1982, Bd. I, 1982, D1, D51.

20 Dazu näher *Häsemeyer*, ZZZ 107 (1994), 111, 116.

21 VO Nr. 1346/2000/EG über Insolvenzverfahren, ABl. Nr. E 160 v. 30.6.2000, S.1 (EuInsVO).

wahren.²² Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird danach nicht mehr als Verteilungsregel im bipolaren Verhältnis Gläubigergemeinschaft-Insolvenzmasse aufgefasst. Er stellt vielmehr eine rechtliche Beziehung der Insolvenzgläubiger untereinander her, die zu einer wechselseitigen Ausgleichshaftung²³ der Insolvenzgläubiger mit ihren Forderungen führt.²⁴ Die Privatautonomie von Schuldner und Gläubiger ist in dieser Konzeption prinzipiell kein ausreichender Rechtfertigungsgrund dafür, den Gläubiger im Vergleich zu den übrigen besser zu behandeln. In der Insolvenz „verlieren alle auf privatautonomen Entscheidungen des Schuldners beruhenden Vorzugsrechte einzelner Gläubiger letztendlich ihre Rechtfertigung.“²⁵

Damit lassen sich Teile des Insolvenzrechts zutreffend erklären. Ein Beispiel ist die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff InsO). Sie wird ganz überwiegend als Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden.²⁶ Danach wird die Gleichbehandlung nicht auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beschränkt, sondern auf die kritische Zeit der materiellen Insolvenz vorgezogen. Das Gesetz steckt in den §§ 130, 131 InsO den dafür maßgeblichen Zeitrahmen ab. „Nur in diesem Zeitraum wird“, so der Bundesgerichtshof, „im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung den Gläubigern die Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme auferlegt.“²⁷ Adressaten dieser Gleichbehandlungspflicht sind beide beteiligten Parteien. Die Deckungsanfechtung (§§ 130, 131, 135 InsO) sorgt dafür, dass der Schuldner nicht mehr frei in der Entscheidung ist, ihm beliebige Gläubiger zu befriedigen, und dass der Gläubiger daran gehindert wird, sich einen Vorteil vor anderen Gläubigern zu verschaffen.²⁸ Der Gläubiger, der vom Schuldner unter Benachteiligung der übrigen Insolvenzgläubiger (§ 129 Abs. 1 InsO) gesichert oder befriedigt wurde, muss den Vorteil wieder an die Insolvenzmasse herausgeben (§ 143 InsO). Ein auf Gläubiger und Schuldner beschränktes Verständnis vom Gleichbehandlungsgrundsatz könnte dagegen nicht erklären, wieso der Gläubiger das, was er zur Erfüllung oder Sicherung seiner Forderung erhalten hat, an die Masse – also an die Gesamtheit

22 Grundlegend *Häsemeyer*, KTS 1982, 505 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.17 ff; dem folgend etwa *Windel*, Jura 2002, 230, 232; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 241 ff und im Wesentlichen auch *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 61 ff.

23 Zur Verteidigung des Begriffs siehe *Windel*, Jura 2002, 230, 232.

24 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 516 f, 521 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.28 f, 2.31 ff.

25 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.23; zustimmend *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 123.

26 Vgl. BGHZ 59, 230, 232; BGH NZI 2010, 439 Rn. 10; *Füßmann*, Die Auswirkungen des reformierten Insolvenzanfechtungsrechts auf das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung, 2001, 45 ff; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.26; *Bork* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Vor § 129 Rn. 1; gesonderte Betrachtung verdient dabei die Anfechtung nach § 133 InsO, dazu *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 75 f.

27 BGH NZI 2010, 439 Rn. 10.

28 *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 74 f; *Thole*, NZI 2009, 800, 801.

der Insolvenzgläubiger – zurückgewähren muss.²⁹ Bettet man diesen Anspruch in eine den übrigen Gläubigern geschuldete und damit „allseitige“ Gleichbehandlungspflicht ein, ist die gesetzliche Lösung stringent.

2. Geltungsgrund

Mit der Vielfalt an Konzeptionen des Gleichbehandlungsgrundsatzes korrespondieren unterschiedliche Auffassungen über seinen Geltungsgrund.³⁰ Unbestritten ist, dass das geltende Insolvenzrecht auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz beruht. In der InsO kommt er allerdings nur andeutungsweise zum Ausdruck.³¹ Deutlicher ausgeprägt ist er auf unionsrechtlicher Ebene.³² Es verwundert daher nicht, dass man traditionell von der Prämisse ausgeht, Gleichbehandlung sei legitimationsbedürftig.³³ Warum also Gleichbehandlung der Gläubiger in der Insolvenz? Eigentlich darf und soll doch jeder Wirtschaftsteilnehmer in der Privatrechtsgesellschaft³⁴ „nicht Gleichheit, sondern seinen Vorteil, ja Wettbewerbsvorsprung suchen“³⁵. Man kann die Pflicht der Gläubiger, sich untereinander gleich zu behandeln, nicht aus einer zwischen ihnen bestehenden Rechts- oder Interessengemeinschaft folgern.³⁶ Der Gleichbehandlungsgrundsatz legitimiert erst die Zuweisung der gleichen Befugnisse an der Insolvenzmasse und kann daher nicht seinerseits damit gerechtfertigt werden.³⁷ Im Übrigen gilt auch hier, dass die Gläubiger keine Interessengemeinschaft gebildet haben, sondern erst durch das Recht zu einer solchen geschmiedet werden.³⁸ Damit ist die Suche nach *privatrechtlichen* Begründungsmaßstäben dafür, warum die Gläubiger gleich zu behandeln sind, nicht abgeschlossen. Ausgehend von der Prämisse, dass „Gleichbehandlung als Frage des Privatrechts“ aufzufassen ist,³⁹ stehen sich im

29 *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 247.

30 Vgl. dazu den Überblick bei *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 63 ff.

31 Vgl. die von *Prütting* in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 61 und *Becker*, Insolvenzrecht, 2010, Rn. 211 zitierten Normen.

32 Vgl. Erwägungsgrund 21 und Artt. 4, 20, 32, 35, 39 EuInsVO; vgl. dazu *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 63 ff.

33 Exemplarisch *Berger*, ZJP 121 (2008), 407, 413.

34 Zum Begriff oben § 4 I 4.

35 *Flessner*, ZIP 1981, 113, 117.

36 AA *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 138.

37 *Windel*, Jura 2002, 230, 231 f.

38 *de Boor*, Die Kollision von Forderungsrechten, 1928, 23 f.; *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 523; *Windel*, Jura 2002, 230, 232; *Kainer*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4) 3 b).

39 Grundlegend *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.19 f.; ähnlich auch *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 66 f.; in der Sache bereits *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 73 f.

Wesentlichen zwei auf gemeinsamen Wurzeln basierende, aber im Ergebnis konkurrierende privatrechtliche Erklärungsversuche gegenüber:⁴⁰

a) *Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken*

Der Gleichbehandlungsgrundsatz entspricht einem fundamentalen Billigkeits- und Gerechtigkeitsdenken.⁴¹ Danach ist die zufällige Befriedigung eines Gläubigers bei der Geltung von Schuldnerautonomie und Prioritätsgrundsatz unvereinbar mit dem Gedanken der materiellen Rechtsgleichheit.⁴² Mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit entfallen alle möglichen Rechtfertigungsgründe dafür, dem einen Gläubiger ohne Weiteres mehr Befriedigung zu erlauben als den anderen.⁴³ Ausgehend von der Verteilungsfunktion des Grundsatzes wird die darin angelegte Differenzierung, Gleiches gleich und Verschiedenes ungleich zu behandeln, betont.⁴⁴ Damit wird der Gleichbehandlungsgrundsatz bereits auf Tatbestandsebene für differenzierende Wertungen geöffnet, die ihrerseits nicht aus dem Prinzip der Gleichbehandlung abgeleitet werden können. Gleichbehandlung im Insolvenzrecht ist somit Ausdruck der verteilenden Gerechtigkeit.⁴⁵

b) *Haftungsausgleich unter den Gläubigern*

Dagegen hat insbesondere *Häsemeyer* den Gleichbehandlungsanspruch als „allgemeines Prinzip eines haftungsrechtlichen Ausgleichs zwischen den Gläubigern“ konzipiert.⁴⁶ Zur Gleichbehandlung zwingt „die mit der Begründung, Verfolgung, Durchsetzung jeder einzelnen Forderung notwendig verbundene Einflussnahme auf das Vermögen des Gemeinschuldners und dessen Haftung.“⁴⁷ Alle Insolvenzgläubiger könnten sich daher wechselseitig ihren Einfluss auf die Rechts- und Haftungsverhältnisse des Schuldners in Höhe der jeweiligen Forderung vorhalten.⁴⁸ Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz basiert damit

40 Dazu *Wiórek*, Das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung im Europäischen Insolvenzrecht, 2005, 78 ff; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 235 ff; zu weiteren, hier zu vernachlässigenden Differenzierungen siehe *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 121 ff.

41 Vertiefend zum Folgenden *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 125 ff.

42 Vgl. *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, 1990, 49.

43 Instruktiv *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, 129 f.

44 *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II – Insolvenzrecht, 1990, 49; *Stürner* in: MünchKomm-InsO, Einl. Rn. 62 f; *Prütting* in: Kölner Schrift zur InsO, Kap. 1 Rn. 64; *Uhlenbruck* in: Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Kap. 12 Rn. 10.

45 Vgl. dazu referierend *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 511 ff.

46 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.26; grundlegend *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 515 ff. Ihm folgend *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 241 ff.

47 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 516 f.

48 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 517.

letztlich auf dem Gedanken ausgleichender Gerechtigkeit.⁴⁹ Dieser Ansatz erlaubt es, „die Grenzen des Grundsatzes nach stringenten haftungsrechtlichen Kriterien zu bestimmen“.⁵⁰ Das gilt vor allem für die umstrittene Rechtfertigung der bevorzugten Behandlung von Gläubigern dinglicher Sicherheiten in der Insolvenz.⁵¹

Traditionell werden die Vorrechte aus den dinglichen Sicherungsrechten in der Insolvenz mit der vor (!) der Insolvenz bestehenden Verfügungsfreiheit der Parteien gerechtfertigt. *Moritz Brinkmann* hat jüngst nachgewiesen, dass die darin liegende tatbestandliche Ungleichbehandlung der übrigen Gläubiger nur unter bestimmten Voraussetzungen mit der Privatautonomie des Schuldners legitimiert werden kann.⁵² Vereinbaren Schuldner und Gläubiger ein Befriedigungsvorrecht, greifen sie in die insolvenzrechtliche Verteilungsordnung ein und berühren damit das Verhältnis der Insolvenzgläubiger untereinander. Die vor Verfahrenseröffnung bestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners erlöscht im Moment der Verfahrenseröffnung zum Schutze der Insolvenzgläubiger. Insofern ist die Privatautonomie des Schuldners ab diesem Zeitpunkt eingeschränkt. Von dieser Beschränkung müssen auch zeitlich davor liegende Rechtsgeschäfte betroffen sein, deren Sicherungswirkungen rechtsgeschäftlich auf den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bedingt wurden und deren Zweck darin liegt, das Sicherungsgut in der Insolvenz dem Sicherungsnehmer vorrangig zuzuweisen. *Brinkmann* weist überzeugend nach, dass die Einschränkungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht restlos unter Verweis auf die Privatautonomie erklärt werden können. Voraussetzung ist immer, dass die Funktionsbedingungen von Privatautonomie im Allgemeinen und eigenverantwortlicher Schuldregulierung im Besonderen gegeben sind. In der Insolvenz bricht dieses System zusammen.⁵³

Brinkmanns Ansatz zeigt daneben, dass die Rechtfertigungsebene des Gleichbehandlungsgrundsatzes der geeignete Ort ist, über die mit einer Ungleichbehandlung verfolgten Zwecke zu diskutieren. *Brinkmann* differenziert nämlich zwischen Sicherheiten am schuldnerfremden Vermögen und Sicherheiten am gegenwärtigen Vermögen des Schuldners, die gegen die Überlassung von Kredit gewährt wurden, einerseits und revolvingierenden Sicherheiten, die auch künftiges Vermögen des Schuldners erfassen, andererseits.⁵⁴ Bestellt der Schuldner Sicherheiten der ersten Gruppe, ist die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

49 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 517; nur insoweit zustimmend *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 42 ff.

50 *Windel*, Jura 2002, 230, 232.

51 Eine Fundamentalkritik dazu bei *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 531 f, 567 ff.

52 *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 245 ff; anders *Dorndorf*, Kreditsicherungsrecht und Wirtschaftsordnung, 1986, 44 ff, der die Ungleichbehandlung mit den von den dinglich gesicherten Gläubigern vor der Insolvenz erbrachten Leistungen zur rechtfertigen glaubt; dagegen aber mit Recht *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 245 f.

53 Siehe unten § 5 V 2 c) (1).

54 *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 257 f.

in der Insolvenz *gerecht*fertigt, weil das Sicherungsrecht „haftungsrechtlich neutral“ sei: Der spätere Gemeinschuldner erhielt frisches Kapital und bestellte daher wertmäßig äquivalente Sicherheiten. Diese haftungsrechtliche Neutralität fehlt den Sicherheiten der zweiten Gruppe. Das Sicherungsrecht wird in diesen Fällen nicht durch neues Kapital „surrogiert“. Mit der Sicherheitenbestellung wird die Insolvenzforderung des gesicherten Gläubigers im Ergebnis „enthaftet“. Die übrigen Gläubiger werden dafür nicht kompensiert: Das Schuldnervermögen als die spätere Insolvenzmasse habe sich dadurch nicht in gleichem Maße vergrößert. *Brinkmanns* Untersuchung zeigt, dass die methodengerechte Verwendung beider Bausteine des Gleichbehandlungsgrundsatzes – Ungleichbehandlung und Rechtfertigung – zu differenzierenden Lösungen im Insolvenzrecht führt, ohne dass man dabei das Prinzip der Privatautonomie vollständig aufgeben muss.

Man müsste allerdings genauer formulieren und sagen, dass der *Häsemeyer'sche* Ansatz differenzierende Lösungen erlauben *würde*. Die von *Brinkmann* vorgeschlagene Interpretation weist auf die haftungsrechtlichen Legitimationsdefizite bestimmter Formen von Mobiliarsicherheiten hin und er kann diese in der *lex lata* auch nachweisen. Es bleibt aber dabei, dass die Ausgleichshaftung mit Blick auf das geltende Recht die dinglichen Gläubigerrechte erfassen *sollte*.⁵⁵ Das geltende Recht – oder zumindest das ganz herrschende Verständnis davon – hat sich anders positioniert. Das relativiert daher die Bedeutung dieses Erklärungsansatzes als juristische Theorie des geltenden Rechts.⁵⁶

c) Rückbindung an Art. 3 Abs. 1 GG

(1) Gleichbehandlung als Korrelat zur Grundrechtsbeschränkung

Man nähert sich dem Problem vielleicht am Besten, wenn man von den Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeht. Mit der Beschlagnahme des Schuldnervermögens kann der einzelne Gläubiger nicht mehr vom Schuldner Erfüllung verlangen (§§ 80, 81 InsO) und die Einzelzwangsvollstreckung wird ausgeschlossen (§§ 89, 88⁵⁷ InsO).⁵⁸ Damit greift der Staat hoheitlich in die grundrechtlich geschützten Leistungsbeziehungen des jeweiligen Schuldverhältnisses ein und beschränkt den ihn aus den grundrechtlichen Schutzpflichten und dem

⁵⁵ Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.36.

⁵⁶ Zum hier verwendeten Prüfungskriterium *Canaris*, JZ 1993, 377, 385 ff.

⁵⁷ Zu der Verfassungsmäßigkeit der Rückschlagsperre des § 88 InsO vgl. *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 192 ff.

⁵⁸ Zum Begriff der „Beschlagnahme“ und ihren Wirkungen vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2005, Rn. 11.5 ff.

Rechtsstaatsprinzip verpflichtenden Justizgewährleistungsanspruch.⁵⁹ Damit verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, „die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen“, § 1 InsO. Dieses Ziel kann bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit (§§ 17 ff InsO) des Schuldners nicht mehr mit den jeweils isolierten Mitteln der privatautonomen Schuldnerverfügung und der nach Priorität ausgerichteten Einzelzwangsvollstreckung erreicht werden.⁶⁰ Deshalb tritt eine gesetzliche Haftungsanordnung an deren Stelle, die sich ihrerseits grundrechtlich legitimieren lässt.⁶¹ Mit der Beschlagnahme werden also die Beziehungen *aller Beteiligten* untereinander *verrechtlicht*.⁶² „Folglich muss der grundrechtsgebundene Staat bei der Verteilung des Restvermögens alle Gläubiger gleich behandeln.“⁶³ Wegen der verfassungsrechtlichen Rückbindung halte ich den dafür von *Christian Berger* verwendeten Begriff des „verfahrensrechtlichen Verteilungsprinzips“⁶⁴ für nicht sehr glücklich gewählt. Dass jeder Gläubiger grundsätzlich dieselbe Chance zur Verwirklichung seiner Forderung haben muss, ist grundrechtsdogmatisch vorgegeben. Das folgt sowohl aus dem Abwehrcharakter als auch der Schutzpflichtendimension der Freiheitsrechte und des allgemeinen Gleichheitssatzes. Die Gleichbehandlung der Gläubiger ist *vom Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gefordert*.⁶⁵

Das ist beim hoheitlichen Handeln der Vollstreckungsorgane unproblematisch, weil die abwehrrechtliche Dimension des Grundrechts einschlägig ist. Dagegen sind die vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten der nicht hoheitlich handelnden Insolvenzorgane erklärungsbedürftig. Die Handlungen des Insolvenzverwalters innerhalb seines *privaten* Amtes⁶⁶ oder der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses in Ausübung des Grundsatzes der Gläubigerautonomie⁶⁷ sind privatrechtlich zu qualifizieren.⁶⁸ Trotzdem ordnet das Gesetz auch für diese privatrechtlichen Handlungen die Gleichbehandlung vergleichbarer Gläubiger an. Exemplarisch dafür ist die Gleichbehandlung beim Insolvenzplan.⁶⁹

§ 226 InsO ist grundrechtsdogmatisch ein fast allgemein übersehener Anwendungsfall des Art. 3 Abs. 1 GG in seiner objektiv-rechtlichen Dimension als

59 Zum Justizgewährleistungsanspruch allgemein vgl. *Sachs* in: *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 162; speziell im Insolvenzrecht näher *Prütting* in: *Kölner Schrift zur InsO*, Rn. 30; *Becker* in: *Nehrlich/Römermann*, InsO, § 1 Rn. 3.

60 Allg. Auffassung, statt aller *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2005, Rn. 1.

61 Vgl. dazu ansatzweise *Bauer*, Ungleichbehandlung der Gläubiger im geltenden Insolvenzrecht, 2007, 72 ff; *Becker*, Insolvenzrecht, 2010, Rn. 15.

62 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2007, Rn. 2.04.

63 *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 414 f.

64 *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 414 f.

65 Vgl. *Jaffé* in: *Wimmer*, FK-InsO, § 226 Rn. 1; *Becker*, Insolvenzrecht, 2010, Rn. 215; *Karsten* in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 226 Rn. 1.

66 Dazu *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 2005, Rn. 55; *Windel* in: *Jaeger*, InsO, § 80 Rn. 19.

67 Vgl. dazu *Prütting* in: *Kölner Schrift zur InsO*, Kap. 1 Rn. 78 f; *Pape* in: *Uhlenbruck*, InsO, § 1 Rn. 13.

68 Näher zum Ganzen *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 26 ff.

69 Dazu näher unten § 5 V 2 c) (2).

Schutzpflicht.⁷⁰ Er ordnet an, dass Privatrechtssubjekte die Gleichbehandlung anderer Privatrechtssubjekte sicherstellen müssen. Die Gleichbehandlung ist als Legitimationsvoraussetzung für die Verbindlichkeit des Insolvenzplans und den darin liegenden privatautonom gewollten Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Forderungsrecht der davon betroffenen Gläubiger unabdingbar. Die Schutzpflichtdimension von Art. 3 Abs. 1 GG im Privatrecht⁷¹ ist daher nicht nur „theoretisch“ möglich, sondern praktische Wirklichkeit.⁷² Auf diese Weise entsteht ein „mehrpoliges Verfassungsrechtsverhältnis“, das sich als grundrechtlich determiniertes Dreieck darstellen lässt:⁷³ An dessen Spitze steht der Insolvenzrechtsgesetzgeber. Den einen Schenkel besetzt der einzelne Gläubiger als Betroffener eines privaten Handelns, dem ein grundrechtlicher *status positivus* in Form eines Rechts auf Eingriffsabwehr in seine verfassungsrechtlich aus Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition zukommt. Ihm gegenüber steht der Insolvenzplanersteller, dem ein grundrechtlicher *status negativus* in Form eines Rechts auf Abwehr staatlicher Eingriffe in seine Privatautonomie zukommt. Zugleich verdeutlicht die gesetzliche Regelung auch die Schranken einer grundrechtsdogmatischen Ableitung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dem Gesetzgeber kommt bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁷⁴ Ihm soll es obliegen, die unterschiedlichen und unter Umständen kollidierenden Interessen und Rechtsgüter zu berücksichtigen, verhältnismäßig zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Damit lassen sich die Differenzierungen nach Gläubigergruppen im geltenden Recht *verfassungsrechtlich* legitimieren. Das möchte ich am Beispiel des Insolvenzplans demonstrieren.

(2) Gleichbehandlungspflichten der privaten Akteure im Insolvenzverfahren am Beispiel des Insolvenzplans

Der Insolvenzplan ist ein Vertrag oder quasiverbandsrechtlicher Organisationsakt eigener Art.⁷⁵ Den Verfahrensbeteiligten wird damit eine Option auf eine Privatisierung der Insolvenzabwicklung eingeräumt: Alle wesentlichen insolvenz-

70 Zur Bedeutung der Schutzpflichtendogmatik im Insolvenzrecht vertiefend *Lepa*, *Insolvenzordnung und Verfassungsrecht*, 2002, 62 ff.

71 Zur Konzeption des Insolvenzrechts als Teil des Privatrechts vgl. *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 2007, Rn. 1.05 f.

72 Anders *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 2001, 174 ff, weil er das Problem übersieht.

73 Vgl. zu dieser Konstruktion *Callies*, *JZ* 2006, 321, 325 ff; *Callies* in: *Merten/Papier*, *Handbuch Grundrechte*, § 44 Rn. 18 ff.

74 Vgl. dazu allgemein *Callies* in: *Merten/Papier*, *Handbuch Grundrechte*, § 44 Rn. 6; näher zum privatrechtlichen Kontext *Cremer*, *Freiheitsgrundrechte*, 2003, 267 ff und *Ruffert*, *Vorrang der Verfassung*, 2001, 141 ff.

75 Näher zur problematischen Einordnung *Kärsten* in: *Kübier/Prütting/Bork*, *InsO*, § 217 Rn. 65 ff, 76 ff.

rechtlichen Fragestellungen können darin privatautonom geregelt werden.⁷⁶ Trotz dieser privatautonomen Regelung zwingt das Recht zur Gleichbehandlung. Der Insolvenzplan ist angenommen, wenn in jeder Gruppe die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger dem Plan zustimmt (Kopfmehrheit, § 244 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und die Summe der Ansprüche der zustimmenden Gläubiger die Hälfte der Summe der Ansprüche der Gläubiger der jeweiligen Gruppe übersteigt (Summenmehrheit, § 244 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Diese Mehrheitsentscheidung kann aus zwei Gründen aufgrund der Gleichbehandlung in der Gruppe legitimiert werden. (1.) Die vom Gesetz in § 222 Abs. 1 InsO vorgesehene und in § 222 Abs. 2 InsO ermöglichte Gruppenbildung nach „gleichartigen wirtschaftlichen Interessen“ schafft Abstimmungskörper, die ein möglichst hohes Maß an Interessenparallelität der Abstimmenden aufweisen. Daher steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die Entscheidung der Mehrheit auch im Interesse der überstimmten Minderheit liegt.⁷⁷ (2.) Das Gesetz zwingt den Planersteller dazu, alle Gläubiger innerhalb einer gebildeten Gruppe gleich zu behandeln, § 226 Abs. 1 InsO. Darunter ist nach umstrittener, aber zutreffender Auffassung eine formelle und substantielle Gleichbehandlung zu verstehen. Es genügt nicht, wenn die Gläubiger nur gleichberechtigt am Ergebnis partizipieren.⁷⁸ Eine Ungleichbehandlung ist nur mit Zustimmung der betroffenen Gläubiger gerechtfertigt, § 226 Abs. 2 InsO. Ist die Begünstigung Gegenstand eines Abkommens, durch das dem Gläubiger für sein Verhalten bei Abstimmungen oder sonst im Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren ein nicht im Plan vorgesehener Vorteil gewährt wird, so ist obendrein das Abkommen nach § 226 Abs. 3 InsO nichtig, falls der Insolvenzplan zustande kommt.⁷⁹ Diese Gleichbehandlungspflicht ist nach § 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO zwingend ausgestaltet und vom Gericht zu kontrollieren.⁸⁰

Der Gesetzgeber hat aus Gründen der Praktikabilität und Effizienzsteigerung der mit dem jeweiligen Insolvenzplan verfolgten Regelung⁸¹ auf eine gruppenübergreifende Gleichbehandlung verzichtet.⁸² Das folgt aus dem in § 226 Abs. 1 InsO festgelegten Vergleichsmaßstab, der sich lediglich auf die anderen Gläubiger in der jeweiligen Gruppe bezieht. In dieser Beschränkung des Anwendungsbereichs schlägt sich die Vorstellung des Gesetzes nieder, dass die Ungleichbehandlung von verschiedenen Gläubigergruppen regelmäßige Folge des Insolvenzplanverfahrens ist.⁸³ Danach kann die Gruppenmehrheit einem Plan

76 Eidenmüller in: MünchKomm-InsO, Vor §§ 217-269 Rn. 1.

77 Näher Eidenmüller in: MünchKomm-InsO, § 222 Rn. 2 ff; Karsten in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 47.

78 Flessner in: HK-InsO, § 226 Rn. 1 mwN.

79 BGHZ 162, 283, 290 f.

80 Otte in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 226 Rn. 2.

81 Näher dazu Otte in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 57 f.

82 Kritisch dazu Häsemeyer, Insolvenzzrecht, 2007, Rn. 28.37 ff.

83 Breuer in: MünchKomm-InsO, § 226 Rn. 2; Lüer in: Uhlenbruck, InsO, § 226 Rn. 3; zu weitgehend Braun in: Nehrlich/Römermann, InsO, § 226 Rn. 3; der darin den „Zweck“ des Planverfahrens sieht.

zustimmen, der sie im Vergleich zu anderen ungleich behandelt. Dieser Beschluss drückt die autonome Entscheidung der Gruppe aus, dass die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.⁸⁴ Der Gesetzgeber konnte dieses Konzept mit einer Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gleichbehandlungsgrundsatzes verfassungsrechtlich zulässig umsetzen. Die freiheitsrechtlichen Interessen der betroffenen Gläubiger werden insoweit also nicht mehr über den Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt. Damit wird es im Hinblick auf die aus Art. 14 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht verfassungsrechtlich notwendig, den ungleich behandelten Gläubiger vor einer Rechtsverkürzung durch die Mehrheit zu schützen. Das Gesetz sieht deshalb einen einzelfallbezogenen Minderheitenschutz in § 251 InsO vor. Damit wird dem ungleich behandelten Gläubiger wenigstens der Liquidationswert seiner Forderung garantiert.⁸⁵ Mit diesem Minderheitenschutz verwirklicht der Gesetzgeber seine aus Art. 14 Abs. 1 GG folgende Pflicht, den einzelnen Gläubiger vor ihn benachteiligenden Mehrheitsentscheidungen zu schützen.⁸⁶ Darüber hinaus kann ein Insolvenzplan auch gegen eine Gruppe durchgesetzt werden. Die Ungleichbehandlung einer Gruppe kann danach auch gegen den mehrheitlich oder sogar einstimmig gefassten Beschluss dieser Gruppe im Insolvenzplan vereinbart werden, wenn die Gläubiger dieser Gruppe damit voraussichtlich nicht schlechter als ohne Plan gestellt werden (Schlechterstellungsverbot), sie angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden (Gleichberechtigungsgebot)⁸⁷ und⁸⁸ die Mehrheit der abstimmenden Gruppen dem Plan zugestimmt hat, § 245 Abs. 1 InsO.

Problematisch an § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist, dass der Wortlaut keine Mehrheit aller Gläubiger verlangt. Danach genügt eine Mehrheit der Gruppen. Das kann im Ergebnis zu einer Majorisierung der Mehrheit aller Gläubiger durch die Minderheit führen, wenn diese sich in der Mehrheit der Gruppen durchsetzt.⁸⁹ Legitimiert man die Gläubigerautonomie im Insolvenzplanverfahren mit dem Mehrheitsprinzip, muss man konsequenterweise § 245 Abs. 1 Nr. 3 InsO verfassungskonform auslegen und um das ungeschriebene Merkmal des § 76 Abs. 2 InsO ergänzen.⁹⁰ Die Mehrheit der Gruppen muss also zugleich „mehr als die Hälfte der Summe der Forderungsbeträge der abstimmenden Gläubiger“ erreichen, um wirksam zu sein. Auch dann bleibt es aber dabei, dass die Mehrheit der anderen Gruppen die Ablehnung einer Gruppe überwinden kann. Dieser Gruppe

84 Vgl. *Karsten* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 49.

85 *Flessner* in: HK-InsO, § 251 Rn. 1.

86 Vertiefend *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 251 ff.

87 Damit kommt die hier vertretene Differenzierung zwischen Gleichbehandlung und Gleichberechtigung im Ergebnis zum Ausdruck, dazu oben § 5 II 1.

88 Alle Kriterien müssen daher kumulativ vorliegen, OLG Köln NZI 2001, 660, 661 f.

89 Zum Problem siehe *Karsten* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 245 Rn. 55 ff.

90 Vgl. *Schmid*, FS Pawlowski, 1997, 423 ff; zur verfassungsrechtlichen Argumentation näher *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 260 ff.

wird mit dem Plan eine wirtschaftliche Entscheidung aufgezwungen, die sie so nicht getroffen hätte und zugleich verlieren ihre Mitglieder den Schutz aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der nur gruppenbezogen gilt. Hier zwingt Art. 14 Abs. 1 GG den Gesetzgeber dazu, die überstimmte Gruppe vor der Rechtsverkürzung durch die Mehrheit der übrigen Gruppen zu sichern.⁹¹ Diese Aufgabe übernehmen die beiden substantiellen Kriterien in § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO. Während § 251 InsO den Minderheitenschutz des Einzelgläubigers in der Gruppe wahrt, sichern § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO den Minderheitenschutz der Gruppe innerhalb der Gruppengemeinschaft.⁹²

Die aus Art. 14 Abs. 1 GG fließende Schutzpflicht verlangt, dass das realisierbare Forderungsrecht des Gläubigers unmittelbar vor dem Zugriff der Mehrheit gesichert werden muss. Wie dieser Schutz ausgestaltet wird, überlässt die Verfassung dem Gesetzgeber. Dieser entscheidet sich zunächst dafür, ihn über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verwirklichen. Dort, wo er ihn zurückdrängt, muss er den Minderheitenschutz unmittelbar freiheitsrechtlich sicherstellen. Dieses Zusammenspiel belegt die hier aufgestellte These über die Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes:⁹³ Es ist ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

VI. Kontrahierungszwang

1. Grundlagen

Besteht eine Gleichbehandlungspflicht und kann der Normadressat die von ihm vorgenommene Differenzierung nicht sachlich rechtfertigen, hat der Begünstigte regelmäßig einen Anspruch darauf, den von ihm gewünschten Vertrag mit dem ungleich Behandelnden abzuschließen. Gleichbehandlungspflichten können also zum Kontrahierungszwang führen. Die mittlerweile klassische Definition des Kontrahierungszwangs stammt von *Hans Carl Nipperdey*:

„Kontrahierungszwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechts-subjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflichtung, mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts oder von unparteiischer Seite zu bestimmenden Inhalts zu schließen.“⁴¹

Weil damit lediglich eine Mittel-Zweck-Beziehung beschrieben wird, ergänzte *Wolfgang Kilian* die Definition um einen funktionalen Aspekt:

⁹¹ Dazu vertiefend *Lepa*, Insolvenzzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 255 ff.

⁹² Vertiefend zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden *Jungmann*, KTS 2006, 135 ff.

⁹³ Dazu oben § 1 III.

1 *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 7. Zu *Nipperdeys* Einfluss auf die Gleichbehandlungsthematik siehe oben § 412 b).