

Aktuelle Probleme
des geltenden deutschen
Insolvenzrechts

Schriften zum deutschen,
europäischen und internationalen
Insolvenzrecht

S-INSO Band 16

Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 16



De Gruyter Recht · Berlin

Aktuelle Probleme des geltenden deutschen Insolvenzrechts

Insolvenzrechtliches Symposium
der Hanns-Martin Schleyer-Stiftung
in Kiel 6./7. Juni 2008



De Gruyter Recht · Berlin

Wissenschaftliche Leitung: Professor Dr. *Stefan Smid*, Kiel
Tagungsleitung: Dr. *Silke Wehdeking*, Strande

Für die Unterstützung bei der Finanzierung der Tagung und der Herausgabe des Tagungsbandes danken Herausgeber und Verlag der D.A.S. Prozessfinanzierung AG, der GFI Gesellschaft für Insolvenzabwicklung GmbH, der GoIndustry DoveBid Asset Sales and Valuations Worldwide, der STP AG Karlsruhe und dem Wustrauer Arbeitskreis Insolvenzrecht für die großzügige Unterstützung.

♻ Gedruckt auf säurefreiem Papier,
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN 978-3-89949-695-6

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© Copyright 2009 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Laufen

Datenkonvertierung/Satz: jürgen ullrich typesatz, Nördlingen

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

Vorwort

Der vorliegende Band versammelt Beiträge zum 4. Kieler Insolvenzrechtssymposium. Herausgeber und Veranstalter danken an dieser Stelle den Referenten, die diesen Band möglich gemacht haben und nicht zuletzt Herrn Dr. Michael Schremmer und seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, deren Hilfe die Veröffentlichung auch dieses Tagungsbandes zu verdanken ist.

Michael Schmidt
Stefan Smid
Mark Zeuner

Einleitende Bemerkungen

Prof. Dr. Stefan Smid, Christian-Albrechts-Universität Kiel

Meine Damen und Herren,

mir ist die Aufgabe zu Teil geworden, „einleitende Bemerkungen“ zu machen – also das Kieler Insolvenz-Symposium und sein diesjähriges Programm und wenigstens einige seiner Referenten vorzustellen und zum ersten Vortrag überzuleiten.

Das Kieler Insolvenz-Symposium geht in sein fünftes Jahr; die Abnahme des Interesses an insolvenzrechtlichen Themen, die von Seminarveranstaltern ebenso wie von Referenten, die bisweilen versuchen, Teilnehmer zu rekrutieren, angemerkt wird, hat die Zahl der Anwesenden gegenüber den Vorjahren nicht zurückgehen lassen. Das mag auch damit zu tun haben, dass dieses Symposium die einzige Veranstaltung dieser Art in Schleswig-Holstein ist, kann aber gleichwohl seine Attraktivität nicht für sich genommen hinreichend erklären – auch wenn die Aufgeschlossenheit des Justizministeriums den Anliegen dieser Veranstaltung gegenüber und die durch das Ministerium ermöglichte Teilnahme von Insolvenzrichtern und -richtern, Insolvenzrechtspflegerinnen und -rechtspflegern erheblich zur Anziehungskraft der Beratungen beitragen mag.

Das ermutigt mich, die gute Resonanz des Kieler Insolvenz-Symposiums auf seine Konzeption zurückzuführen. Wir haben im Sinn, Praxis und Wissenschaft zusammenzuführen und namentlich den Dialog von Studierenden und Doktoranden mit Insolvenzpraktikern zu fördern. Aber lässt sich wirklich behaupten, vielbeschäftigte Insolvenzpraktiker würden den Weg nach Kiel finden, weil sie hier auf Studenten und Doktoranden der Christian-Albrechts-Universität treffen – auch wenn insbesondere die jungen Leute, die den Schwerpunkt Zivilverfahren und Insolvenzrecht in ihrem zweiten Studienabschnitt wählen, oftmals die wissenschaftliche Vertiefung ihres Studiums gerade mit Blick auf ihre künftige Praxis wählen und damit interessante Ansprechpartner für diejenigen sind, die im Beruf stehen.

Mit dem Dialog von jungen Rechtswissenschaftlerinnen und -Rechtswissenschaftlern als Ziel des Kieler Insolvenz-Symposiums ist aber die Richtung angegeben, in die ich fragen will, um die Anziehungskraft dieser Veranstaltung zu ergründen. Der Meinungsaustausch von Insolvenzpraktikern und jungen Rechtswissenschaftlern findet aber über die Zusammensetzung der Teilnehmerschaft hinaus in der besonderen thematischen Ausrichtung des Kieler Insolvenz-Symposiums auch in seiner vierten Tagung seinen Ausdruck:

Es gehört zu den Anliegen, die wir mit dieser Veranstaltung verfolgen, Themen Raum zu geben, die in den insolvenzrechtlichen Seminaren im übrigen kaum Ge-

hör finden. Sie werden sich an unsere Erörterungen zur Frage der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, namentlich Kommunen, vor zwei Jahren erinnern. Aus dem Kieler Vortrag Dr. Cranshaws ist bekanntlich ein veritables Buch geworden, dass in der gegenwärtigen rechtspolitischen Diskussion auf erhebliches Interesse stößt.

In diesem Jahr widmen wir uns selbstverständlich im Mittelpunkt der Verhandlungen des Symposiums aktuellen Problemen des geltenden deutschen Insolvenzrechts. Die insolvenzgerichtliche Aufsicht über den Insolvenzverwalter ist ein Thema, dass die Praxis täglich beschäftigt, die Öffentlichkeit nach spektakulären Fällen untreuer Insolvenzverwalter berührt und den Gesetzgeber mit dem in der Diskussion befindlichen GAVI zum Tätigwerden veranlasst. Rechtswissenschaftlich ist die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter in den 150 Jahren seit Inkrafttreten der preußischen Konkursordnung weitgehend ausgeblendet geblieben. Herr Rechtsanwalt *Hans-Peter Rechel* wird uns Gedanken der *lege lata* et der *lege ferenda* zu diesem Thema vortragen, dass aus einer *terra incognita* er durch rechtsdogmatische Vermessungsarbeiten zu einem handhabbaren Bereich zu erklären versucht. Der frühere Vorsitzende des IX. Zivilsenats, Dr. *Gero Fischer* wird in die aktuelle insolvenzrechtliche Judikatur des BGH einführen. Prof. Dr. *Walter Buchegger*, Johannes-Kepler-Universität Linz und Herr Rechtsanwalt Dr. *Klaus Pannen* werden Rechtsfragen des internationalen Insolvenzrechts beleuchten.

Die InsO ist aus einem Reformprojekt in einem Maße zur Dauerbaustelle geworden, dass auch der aufmerksame Beobachter Probleme bekommt, mit dem Tempo der Gesetzgebung Schritt zu halten. Und aus den Reihen „des Gesetzgebers“ ist zu hören, dass eine Insolvenzrechtsmüdigkeit eingetreten sei – was der Praxis Ruhe vor weiteren Veränderungen verheißen mag. Wir freuen uns, dass auch in diesem Jahr Herr Dr. *Klaus Wimmer*, Bundesministerium der Justiz, zur Gesetzgebungslage sprechen wird. Nun sind all dies für Insolvenzpraktiker brennend interessante Themen.

Gerade im Bereich der Verbraucherinsolvenz ist in den vergangenen Jahren bekanntlich viel diskutiert worden. Die Abschaffung des vereinfachten Verbraucherinsolvenzverfahrens mit der als unter Haushaltsgesichtspunkten zu kostspielig angesehenen Verfahrenskostenstundung stand zur Diskussion, die Verlagerung von Aufgaben des Treuhänders auf Gerichtsvollzieher, die Schaffung des neuen Instituts eines vorläufigen Treuhänders und die unterschiedlichsten Vergütungsmodelle wurden konkurrierend auf dem Markt gehandelt. Aus der Sicht der Praxis – also aus der Sicht der Konsumenten des zu schaffenden oder zu reformierenden oder zu reparierenden Gesetzes – stellt sich gewiss zunächst die Frage nach Wünschbarkeiten: Welche Form soll das Gesetz annehmen, um der „Praxis“ gerecht werden zu können? In der rechtspolitischen Diskussion wird selbst dieses bescheidene Anliegen freilich oftmals verflacht. Gespräche mit Vertretern der verschiedenen Insolvenzverwalterverbände haben nicht selten die Befürchtung durchklingen lassen, man könne ohnedies nichts machen. So gab es lange Zeit Sor-

ge, das „Gerichtsvollziehermodell“ werde sich sang- und klanglos durchsetzen. Um ein anderes Beispiel zu nennen: Seit der reichsgerichtlichen Judikatur wird die durch Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung – mit gutem Grund – als inkongruent angesehen. Bekanntlich ist aus rechtspolitischen Erwägungen hiergegen aus dem Bundesministerium der Justiz in der Vergangenheit argumentiert worden, ohne dabei die konstruktive Schlüssigkeit eines solchen Ansatzes zu berücksichtigen.

Die Vermutung drängt sich auf, dass sowohl in der Arbeit von insolvenzrechtlichen Lobbyisten als auch der des Gesetzgebers zwar wirklichen oder vermeintlichen Bedürfnissen des Tagesgeschehens Rechnung zu tragen versucht wird, dabei aber Maßstäbe fehlen, mittels derer die Stimmigkeit der Gesetzgebungstätigkeit bestimmt werden kann. Es muss dabei nicht *Klaus Adomeit* bemüht werden, der bereits 1997 nach der „Gesetzesauslegung in Zeiten abnehmender Gesetzesqualität“ gefragt hat, um die Probleme einer an allein Tagesbedürfnissen orientierten Gesetzgebungsarbeit zu benennen. Woraus aber kann man für die Abfassung ebenso wie die Auslegung von Gesetzes Kriterien gewinnen? Es ist nicht zu erwarten, dass das „Tagesgeschäft“ selbst diese Maßstäbe zu vermitteln geeignet ist.

Das Verständnis eines Rechtsgebietes, das wie das deutsche Insolvenzrecht seit zwanzig Jahren ständigen und nachhaltigen Änderungen unterworfen ist, setzt Einsicht in den Entwicklungsgang voraus, den die Diskussionen durchlaufen haben, auf die sich das heute geltende Recht gründet. Recht – auch das Insolvenzrecht – entwickelt sich nicht dadurch, dass es „gesetzt“ wird, auch wenn dies der Geltungsgrund unseres positiven Gesetzesrechts ist. Beschleunigt sich die Änderung des positiven Rechts nimmt die Bedeutung des Verständnisses seiner Entwicklungsgeschichte zu. Denn der Gesetzgeber greift auf die Funktionen rechtlicher Institutionen zu, wie in der Reformdiskussion in Deutschland namentlich in den neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts im Rahmen der legislatorischen „Zielbestimmungen“ des neuen Insolvenzverfahrens durch § 1 InsO angemerkt worden ist.¹ Wenn aber der Gesetzgeber vermeintlich die Funktionen von Institutionen des Rechts seiner Disposition unterwerfen kann, werden die Aufgaben (Funktionen) dieser Institutionen der wissenschaftlichen Analyse entzogen und auf eine eher beobachtend-nachvollziehende Ebene verlagert. Gewiss *überzeichnet* und *überpointiert* bedeutet dies für das Insolvenzrecht, dass an die Stelle des kritischen Studiums seiner Institutionen das Erlernen des Gesetzesvollzuges tritt² – und zwar einfach schon deshalb, weil es an der Zeit fehlt, die neuen Vorschriften stets hinreichend systematisch einzuordnen. Rechtspolitisch wird aus den Rechtsinstitutionen als Instrumenten der Freiheitsgewähr solche eines Gehorsams dem Gesetzgeber gegenüber, der umso weniger reflektiert wird, wie der Gesetzgeber das positive Recht ändert. Aus Insolvenzrechtswissenschaft droht dann Insolvenzrechtskunde zu werden. Deren brave Verdienste sind nicht zu leugnen; sie versor-

1 Statt vieler *Smid*, InsO, Kommentar, 1. Aufl. 1999, § 1 Rn. 1–13.

2 Man denke an die Diskussion im deutschen Insolvenzrecht zur Frage der Auslegung des § 26 Abs. 1 InsO.

gen den knappen Argumentationshaushalt des unter Zeitdruck arbeitenden Rechtsanwenders mit wichtigen Hilfestellungen. Diese Hilfestellungen sind nicht selten auf die „aktuellen“ Entwicklungen bezogen – und beschränkt.³ Der stete Wandel seines positiv-gesetzlichen Bestandes droht das Insolvenzrecht, mit *T. S. Elliot*⁴ gesprochen, in eine Provinzialität der Zeit zu verbannen, für die Geschichte nur eine Abfolge von Entwürfen ist, die nach und nach erledigt, bedeutungslos geworden sind. Das kritische Potential, das dem Recht *gegen* die Planungen eines Gesetzgebers innewohnt und das seine große Leistung für die Entwicklung Europas ausmacht⁵, droht dann verlorenzugehen. Diesseits des Missverständnisses von Geschichte als bloß abgetaner Chronologie erklärt die Geschichte die Entfaltung von Grundstrukturen („Begriffen“) von Rechtsinstitutionen. Deren Wandel im Lauf der Zeiten kann – historisch – als Ringen um widerstreitende Verständnisse, Aufgaben, Funktionen eingeordnet, begriffen und gegenüber dem zeitgenössischen Hin- und Her der Gesetzgebung⁶ als Ausdruck bestimmter Vorstellungen zugeordnet werden.

Ich freue mich daher ganz besonders, dass die Verhandlungen des 4. Kieler Insolvenz-Symposiums durch einen historischen eröffnet werden. Das wir Herrn Professor Dr. *Wolfgang Forster*, Universität Gießen, hierfür gewinnen konnten, freut mich. Herr *Forster* hat das Verständnis der Entwicklung des Insolvenzrechts mit seiner eindrucksvollen Arbeit „*Novum iudicium super nova*“ über das Werk Salgado de Somoza – des Juristen des 17. Jahrhunderts nachdrücklich voran gebracht.

3 *Rainer Bähr* und der Verf. (Die Rechtsprechung des BGH zur neuen Insolvenzordnung 1999 bis 2006, 2006, bes. 3 ff.) haben darauf hingewiesen, dass die Judikatur des IX. Zivilsenats mit ihren Hinweisen auf Grundstrukturen des Insolvenzrechts die Begrenztheit von Diskussionsansätzen dieser Art deutlich gemacht hat.

4 *T. S. Elliot*, Was ist ein Klassiker, in: *T. S. Elliot und andere*, Was ist ein Klassiker, 1963, 350f.

5 Eindrucksvoll: *Harold J. Berman*, Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition, 1991, 85 ff., 439 ff.; hierzu: *Smid*, Die gregorianische Revolution, FAZ 1991, Heft 233, L 35.

6 Es sei allein an die „Verbraucherinsolvenz“ erinnert, die in Deutschland sozialutopistischen Vorstellungen anheimgegeben worden ist, z. B. in Österreich vernünftigen Konzepten folgt.

Vom Schandstein zum Konkursverfahren. Rechtsdogmatische Beobachtungen zur Geschichte des Insolvenzrechts

Wolfgang Forster

I. Einleitung

Das Rechtsinstitut der Insolvenz wird gemeinhin in einen Gegensatz zur Einzelvollstreckung gesetzt mit der Überlegung, dass mit dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners eine Durchführung von Einzelvollstreckungen sinnlos wird und zu zufälligen Ergebnissen führen würde. In dieser Perspektive steht der Schuldner auf der einen Seite, die Gläubiger auf der anderen Seite und das zu verteilende Vermögen, eben durch den Eintritt der Insolvenz losgelöst von seiner Zuordnung zum Schuldner, in der Mitte. Die abstrakte und scheinbar überzeitliche Geltung dieser Vorstellung führt leicht dazu, eine natürlicherweise unter den Gläubigern entstehende Verbindung anzunehmen. Im 19. Jahrhundert wurde darin eine im Wesen der Insolvenz wurzelnde Gemeinschaft gesehen, eine Vorstellung, die insbesondere von *Josef Kohler* (1849–1919) verbreitet wurde. Er begründete dies mit der Behauptung, dass die gleichmäßige Aufteilung des Verlustes auf alle Gläubiger den begrifflichen Kern des Konkurses darstellt.¹ Aus der prinzipiellen Gleichheit der Gläubiger im Verlust ergibt sich Kohler zufolge weiter die Notwendigkeit, ein geregeltes Verfahren zu bestimmen, das sie bei jedem Verfahrensschritt sicherstellt. Dafür sah *Kohler* zwei Möglichkeiten: entweder übernimmt der Staat die Lenkungsfunction oder die Gläubigergemeinschaft organisiert das Konkursverfahren selbst.²

Mit dieser Weichenstellung war zum einen schon von vornherein ausgeschlossen, dass der Schuldner in irgendeiner Weise etwas zum Konkurs beitragen könnte. Zum anderen gibt es in *Kohlers* Perspektive nur zwei Möglichkeiten, wie das Konkursverfahren strukturiert sein kann, nämlich die Steuerung durch das Gericht oder eine Leitung durch die Gläubiger, ein Ideal, das Kohler in den Statuten der

¹ *Kohler, Josef*, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891, 1: „Dem Zufall soll die Herrschaft entzogen werden: die Berechtigten sollen sich gleichmäßig in die Trümmer teilen, und es soll nicht dem schnellen Zugriff des einen alles anheimfallen, während die übrigen das Nachsehen haben. Der Konkurs beruht daher auf dem Prinzip der Verlustgemeinschaft oder der Kontribution.“

² *Kohler*, Lehrbuch (wie Fn. 1), 2: „Eine solche Berücksichtigung der gemeinsamen Interessen kann stattfinden entweder dadurch, daß die Prozedur von staatshalber vor sich geht, oder dadurch, daß die Gläubigergemeinschaft die Leitung der Sache führt und durch gemeinsames Vorgehen die gemeinsamen Ziele zu erreichen sucht. Das Konkursverfahren ist bald auf das Prinzip der Gerichtsführung, bald auf das Prinzip der Selbsthilfe der Gläubiger gebaut.“; 8–11.

oberitalienischen Städte des Mittelalters verwirklicht sah³. Die Geschichte des Konkursrechts wird von ihm von Anfang an konzipiert als Beweis dafür, dass letztere Möglichkeit die eindeutig überlegene ist.⁴

Wenn man dagegen nicht von angeblich prinzipiellen und überzeitlichen Ideen vom Wesen des Konkursverfahrens ausgeht, sondern konkret untersucht, was mit „concursum“ in der auf den römischen Rechtstexten beruhenden Rechtswissenschaft des Mittelalters und der Frühen Neuzeit, dem so genannten Gemeinen Recht,⁵ bezeichnet wird, so ergibt sich ein deutlich anderes Bild.⁶

II. Die Arten des concursus im mittelalterlichen römischen Recht

Zum einen bezeichnet der erst in der Frühen Neuzeit nachweisbare Ausdruck „concursum“ zunächst nicht ein Verfahren als solches, sondern einen tatsächlichen Vorgang, nämlich dass die Gläubiger zusammen laufen („concurrunt“) im Sinn von sich versammeln. Dieser Vorgang konnte in verschiedenen verfahrensmäßigen Kontexten geschehen, die jeweils schon im römischen Recht angelegt waren. Insofern gab es zunächst nicht *den* Konkurs, sondern *ein* concursus, ein Zusammenlaufen der Gläubiger, und zwar innerhalb von vier verschiedenen Verfahrensarten. Diese waren

1. der *Zahlungsaufschub* kraft obrigkeitlichen Privilegs oder durch die Gläubiger,
2. der allerdings nur innerhalb enger Grenzen mögliche *Vergleich* zwischen Schuldner und Gläubigern,
3. der *Rangstreit* der Gläubiger untereinander und schließlich
4. die *Vermögensaufgabe* durch den Schuldner, also die Übergabe seines Gesamtvermögens an die Gläubiger, lateinisch „cessio bonorum“.⁷

Wenn der Schuldner keine dieser Möglichkeiten ergreifen konnte, z.B. weil die Gläubiger nicht mit einer Stundung oder einem Nachlass einverstanden waren oder

³ Kohler, Lehrbuch (wie Fn. 1), 11–5, 30 f.

⁴ Kohler, Lehrbuch (wie Fn. 1), 3: „Welches Verfahren zu besseren Resultaten führt, zeigt die Geschichte des Konkursrechts“; 44 f.

⁵ Vgl. dazu etwa Reinken, Michaela, Ius commune. in: Schmoeckel, Matthias; Stolte, Stefan (Hrsg.): Examinatorium Rechtsgeschichte. Köln/München 2008, 351–353; demnächst Luig, Klaus, Gemeines Recht. in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Bd. 2, 9. Lieferung; zum 18. Jh. Daniel, Andreas, Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts. Berlin 2003 (Schriften zur Rechtsgeschichte, 101). Die grundlegende Studie bildet Bellomo, Manlio, Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune. München 2005.

⁶ Die folgenden Ausführungen beruhen auf meiner Monographie: Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts. Köln 2009 (Norm und Struktur, 32).

⁷ Brunnemann, Johann, De processu concursus creditorum praelectiones publicae notis et additionibus necessariis illustratae a Samuele Strykio ... Frankfurt/Oder 1732, 2 (§ 1): „quadruplicem dari concursum creditorum“ mit etwas abweichender Einteilung.

der Gläubiger keine der Möglichkeiten ergreifen wollte, blieb – für die Juristen in Mittelalter und Früher Neuzeit völlig selbstverständlich – seine Inhaftierung.⁸

1. Zahlungsaufschub

Die Gewährung eines Zahlungsaufschubs für die Zeit von fünf Jahren („quinquennale spatium“) durch den Landesherrn ließ sich mit einer Vorschrift im römischen Recht der Kaiserzeit begründen.⁹ In Deutschland wurden solche Aufschübe – „Quinquennell“, aber auch Stundungsbrief oder „eiserner Brief“ genannt – insbesondere in der Zeit des Dreißigjährigen Krieges benutzt. Dabei ist natürlich das Privileg für den in wirtschaftlichen Nöten steckenden Schuldner eine Belastung von dessen Gläubigern, was im Sprichwort „Quinquennellen kommen aus der Höllen“ Ausdruck fand.¹⁰ Wegen der negativen volkswirtschaftlichen Folgen wurde die Möglichkeit eines obrigkeitlich verordneten Zahlungsaufschubes nach und nach beseitigt.¹¹

Für eine Stundung durch die Gläubiger war nötig, dass in einer Versammlung, also einem „concursum“, die Mehrheit der Gläubiger nach der Höhe des Geschuldeten, also nicht nach der Anzahl der Personen, ihre Zustimmung erklärte.¹² Ein Zahlungsaufschub setzte aber weiter voraus, dass der Schuldner seinerseits erklärte, er werde anderenfalls zu der schon erwähnten Vermögensaufgabe greifen. Denn eine Stundung durch die Mehrheit, die erfolgt wäre, ohne dass diese Vermögensaufgabe drohte, wurde als unzulässiger Eingriff in die Rechte der Minderheit der Gläubiger, die nicht zustimmte, angesehen.

2. Vergleich

Eine Einigung zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern über einen Verzicht auf einen Teil ihrer Forderungen war im römischen Recht nicht vorgesehen. Vergleichen konnte man sich nur mit dem Erben eines verstorbenen Schuldners. Denn, so die Überlegung, der Erbe würde andernfalls das Erbe ausschlagen und

⁸ Z.B. Covarrubias y Leyva, *Diego*, *Variarum resolutionum libri IIII*. in: ders.: *Omnia opera*. Bd. 1. Turin 1594 (S. 145–464), II, 1, 4 a.E.: „Regulariter in carcerem ducitur“. Zum mittelalterlichen und frühneuzeitlichen deutschen Recht vgl. Breßler, *Steffen*, *Schuld knechtschaft und Schuldturn*. Zur Personalexekution im sächsischen Recht des 13.–16. Jahrhunderts. Berlin 2004.

⁹ C[odex Justinianus] 1, 19, 4 (*Gratian/Valentinian/Theodosius*, 382 n. Chr.): „Universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi fideiussio idonea super solutione debiti praebeatur.“ Die Zeitbestimmung wurde übernommen aus C 7, 71, 8 pr. (*Justinian*, 531/32 n. Chr.): „quinquennale spatium eis indulgere“.

¹⁰ Volkmar, *Leopold*, *Paroemia et regulae juris Romanorum, Germanorum, Franco-Gallorum, Britannorum*. Berlin 1854, 357.

¹¹ Fuchs, *Carl*, *Das Concursumverfahren*. Marburg 1863, 80.

¹² C 7, 71, 8, 2–3: „omnibus in unum coadunatis et debitis eorum computatis ex quantitate debiti causa trutinatur.“

man hätte gar keinen Schuldner.¹³ Außerhalb von lokaler Gesetzgebung entwickelte erst Ende des 14. Jh. der italienische Jurist *Raffaël Fulgosius*¹⁴ die Überlegung, die Möglichkeit des Vergleichs auf den lebenden Schuldner auszudehnen, allerdings nur auf den vor seinen Gläubigern geflohenen Schuldner. Denn dort bestand die gleiche Interessenlage bei den Gläubigern, nämlich entweder auf einen Teil der Forderungen zu verzichten oder überhaupt keinen Schuldner zur Verfügung zu haben. Die entscheidende rechtliche Problematik wurde auch hier darin gesehen, wie ein Teil der Gläubiger die anderen mit bindender Wirkung überstimmen kann, wie also die Mehrheit auch zu Lasten der Minderheit die an alle zu zahlenden Verbindlichkeiten verringern kann. Das kommt auch in dem lange Zeit dafür üblichen Begriff „Zwangsnachlassvergleich“ zum Ausdruck.

Beide Verfahrensarten, Aufschub und Vergleich, sind im weiteren Sinn mit heutigen Instituten vergleichbar; beide wurden in ihrer Zeit aber überschattet von einem Grundkonflikt, der im dritten Verfahren sichtbar wird, im Rangstreit.

3. Rangstreit

Wenn man die gemeinrechtliche Literatur zur Frage konsultiert, worum es bei einem „concurus“ geht und worum gestritten wird, dann wird dort allerdings fast als selbstverständlich vorausgesetzt, dass es nicht um die beiden bislang genannten Verfahren geht, sondern dass der jeweilige Vorrang der einzelnen Gläubiger vor anderen Gläubigern bei der Verteilung des vorhandenen Vermögens in Frage steht.

Auslöser für den Rangstreit ist der Drittwiderspruch eines oder mehrerer Gläubiger gegen die Vollstreckungsmaßnahme, die ein anderer Gläubiger gegen den Schuldner ergreift. Dem vollstreckenden Gläubiger stellen sich einer oder mehrere andere Gläubiger vor Gericht mit der Behauptung entgegen, sie seien bei der Befriedigung vorrangig zu behandeln. So entwickelt sich ein Rangstreit der Gläubiger untereinander. Dies beruht auf der im römischen Recht angelegten komplizierten Pfandrechtsordnung, die durch verschiedene Vollstreckungsprivilegien für den Insolvenzfall weiter kompliziert wurde.

Das römische Recht enthält hierzu zahlreiche Regelungen. Ganz vorrangig waren zum Beispiel die Kosten für das Begräbnis des verstorbenen Schuldners.¹⁵ Von besonderer Wichtigkeit war der Vorrang der Ehefrau bezüglich der Rückerstattung ihrer Aussteuer.¹⁶ Daneben hatte etwa ein Darlehensgeber ein Privileg,

13 D[i]gesta] 2, 14, 7, 17: „Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus ut minus solvatur, pactum valiturum est.“

14 Zu Fulgosius vgl. *Lange, Hermann/Kriechbaum, Maximiliane, Römisches Recht im Mittelalter. Bd. 2. Die Kommentatoren.* München 2007, 802–807.

15 D 11, 7, 45: „Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint.“

16 Begründet auf C 5, 12, 30 pr. und 1 (*Justinian*, 529 n. Chr.). Sie geht allen mit Pfandrecht gesicherten Gläubigern des Mannes vor, auch wenn die Pfandrechte älter sind; C 8, 17, 12, 4 (*Justinian*,

wenn die Darlehenssumme zur Erhaltung oder Verbesserung einer verpfändeten Sache verwendet worden war, das ihn eben vor die Pfandgläubiger an dieser Sache stellte.¹⁷ Dem geht wiederum eine Forderung des Fiskus vor.¹⁸ Die Privilegierungen des römischen Rechts wurden im Mittelalter durch Ergänzung und Analogiebildung nochmals deutlich ausgeweitet. In Deutschland wurde aus einer Norm des Sachsenspiegels abgeleitet, dass der Anspruch der Dienstboten auf ihren Lohn einen bestimmten Vorrang genießt.¹⁹ Da in D 20, 4, 5 von der Ausrüstung eines Schiffes die Rede war, sah man so auch den Kredit für die Verproviantierung von Matrosen als privilegiert an.²⁰ In dieser Weise wurden auch ein Kredit für Saatgut²¹ und der Lohn des Viehhirten²² sowie die Gehaltsforderung u.a. der Universitätslehrer, der Doktoren und Anwälte als privilegiert angesehen. Selbst der Verleih von Büchern an Studenten wurde mit dieser Analogie behandelt: „Also auch und vielmehr soll der den vorzug haben, der ad conservationem studiosorum, zu erhaltung der hochlöblichen studien ... seine bücher, ohne welche niemandts nichts fruchtbarlichs studiren und außrichten kan, dargeben und ausgeborget hatt.“²³ In einem Werk von 1625 untersuchte ein deutscher Jurist in 308 durchnummerierten Absätzen knapp 300 verschiedene einzelne Vorrangverhältnisse, z.B. Ehefrau gegenüber Begräbniskosten, Arzt gegenüber Ehefrau, Ehefrau gegenüber Gesindelohn, Arzt gegenüber Saatgutkredit u.s.w.²⁴

In einem längeren historischen Prozess wurde diese komplizierte und unsystematische Ansammlung verschiedener Vorrangrechte vereinfacht, indem Klassen von Gläubigern gebildet wurden. Durchgesetzt hat sich eine Einteilung in fünf Klassen, wie sie z.B. auch in der sächsischen Gerichtsordnung von 1622 vorgenommen wird:

„Es seynd aber ingemein fünff unterschiedene *Classes* oder Hauffen der Gläubiger, dann [1.] erstlichen haben etliche eine sonderliche *Praerogativ* und Vorzug, dass sie vor allen andern, ungeachtet dero Rechtens, welches sie sonst haben mögen bezahlt werden müssen.

531 n. Chr.): „potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati.“

17 D 20, 4, 5 und 6 (Ausrüstung oder Reparatur eines Schiffes).

18 D 42, 5, 34: „habet privilegium post fiscum.“

19 Sachsenspiegel, I 22 § 2. Vgl. Wacke, Andreas, Lidlohn geht vor allen Schulden. in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 1991, 1472–1474.

20 Gaito, Giovanni Domenico, Tractatus de credito ex libris, epistolis, cambiis, apochis, instrumentis publicis, obligationibus pene acta, omnique alia publica inter vivos scriptura, pignore, & hypothecis: In quatuor principaliora capita distinctus. Venedig 1669, IV, 11, 1556.

21 Gaito, Tractatus de credito (wie Fn. 20), IV, 11, 1557, 2008.

22 Gaito, Tractatus de credito (wie Fn. 20), IV, 11, 1558. Vgl. zu dieser Thematik auch Hofer, Sibylle, So haben Wir zur Beförderung des Credits vor nöthig befunden (...) – Kreditsteuerung durch Konkursrecht in der frühen Neuzeit. in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 26 (2004), 177–188.

23 Beuther, Johann Michael, Außführliche Fundamenta und Erklärunge Von dem Praelation oder Vorzug Rechten Speyer 1598, I, 22 (S. 47).

24 Chemnitz, Joachim, Disputationem hanc inaug. de iure praelationis creditorum praeside ... Matthaeo Coldebacio ... publice examinandam proponit Joachimus Chemnitius. Frankfurt/Oder 1625 u. ö.