

chermaßen anteilig mit einem Sonderopfer belastet. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum nur die Gläubiger einer Sondermasse belastet werden sollten.

Für den eher selteneren Fall, dass die Mittel für die negative Sondermasse weder der Quote der unmittelbar berechtigten Sondermassegläubiger, noch der Quote der übrigen Insolvenzgläubiger entnommen werden können, kommt eine subsidiäre Kostentragungslast der übrigen Sondermassen in Betracht, also der einen Sondermasse zugunsten einer anderen Sondermasse und mithin eine Querfinanzierung zwischen einzelnen Sondermassen.

Als Insolvenzgläubiger profitieren die Gläubiger der belasteten Sondermasse von der Bildung einer anderen Sondermasse und der damit verbundenen Verringerung der Passivmasse der allgemeinen Masse. Die Sondermassegläubiger profitieren von der Sondermassebildung im gleichen Umfang, wie die Insolvenzgläubiger der allgemeinen Masse von der Bildung einer Sondermasse profitieren. Letztendlich entspricht die Interessenlage in dieser Konstellation daher der Interessenlage bei der subsidiären Kostentragungslast der allgemeinen Masse, sodass die subsidiäre Kostentragungslast einer anderen Sondermasse genauso zulässig ist wie die subsidiäre Kostentragungslast der allgemeinen Masse.

Aufgrund des Vorrangs der subsidiären Kostentragungslast der allgemeinen Masse sind die Mittel aus einer anderen Sondermasse aber der Sondermasse zurückzuführen und Mittel der allgemeinen Masse zu entnehmen, sobald in der allgemeinen Masse ausreichend Mittel für die Kosten aus der Sondermassebildung vorhanden sind.

Was ist (gutes) Recht? Neue Restrukturierungsregeln mit Blick auf die Rechtsphilosophie

von Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht Dr. Alexander Jacobi, Leipzig*

In Deutschland existieren ca. 5.000 Bundesgesetze und -verordnungen sowie ein Vielfaches an Landesgesetzen und -verordnungen.¹ Hinzu kommen Regelwerke der EU. Im Insolvenzbereich mehrten sich wie in allen Bereichen diese Vorschriften. Die ESUG-Evaluation (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen) wird neue und geänderte Vorschriften hervorbringen, ebenso berufsrechtliche Regelungen im Bereich Restrukturierung sowie die Änderungen der VVO für Insolvenzverwalter. Die aktuell im Sommer 2019 verabschiedete Richtlinie zum Restrukturierungsrahmen infolge Vorschlags der Kommission (COM[2016] 723)² wird ein neues deutsches Restrukturierungsgesetz folgen lassen.

Restrukturierungsprofis wie Insolvenzverwalter und Sanierungsberater sind in allen damit zusammenhängenden Gebieten Meister. Der Verbraucher, der Unternehmer, der Arbeitnehmer, der Geschäftsführer – sie sind i.d.R. nicht im Rechtsbereich zu Hause. Mit jedem neuen Gesetz muss mit Rücksicht auf die betroffenen Bürger auch der Gesamtüberblick gewahrt werden.

I. Vom mündlichen zum schriftlichen Recht

Das Recht des Mittelalters war primär mündlich überliefertes Gewohnheitsrecht, daneben zersplitterte Rechtsquellen auch schriftlicher Art. Der Sachsenspiegel *Eike von Repkows*, das älteste Rechtsbuch Mitteldeutschlands, sammelte vor allem für den Bürger aus dieser Unübersehbarkeit die Rechtstexte, erstmals nicht in Latein, sondern in niederdeutscher Sprache. Heute folgt die Unübersehbarkeit nicht aus fehlender Schrift-

4. Fazit

Die subsidiäre Kostentragungslast der Sondermasse ist nach mittlerweile weit überwiegender Ansicht zulässig. Die Kosten sind allerdings alsbald wieder aus der allgemeinen Masse in die Sondermasse zurückzuführen. Gelingt dies nicht, haben die Sondermassegläubiger anteilig ein Sonderopfer in Form geringerer Ausschüttungen aus der Sondermasse zu erbringen.

Aufgrund der besonderen Interessenlage ist genauso auch die subsidiäre Kostentragungslast der allgemeinen Masse zu bejahen. Können die Mittel aus der negativen Masse nicht in die allgemeine Masse zurückgeführt werden, sind die Kosten der negativen Sondermasse zunächst von der Insolvenzquote der Insolvenzgläubiger, die von der Bildung der Sondermasse unmittelbar profitiert hätten, anteilig zu entnehmen. Erst wenn diese Mittel nicht zur Deckung der Kosten ausreichen, sind die Kosten der Insolvenzquote der übrigen Insolvenzgläubiger anteilig zu entnehmen.

Schließlich kann in seltenen Fällen die Konstellation eintreten, dass in der allgemeinen Masse nicht ausreichend Mittel zur Tragung der Kosten des Verfahrens einer Sondermasse enthalten sind, dafür aber in einer anderen Sondermasse. Auch diese Querfinanzierung zwischen verschiedenen Sondermassen ist aufgrund der besonderen Interessenlage zulässig. Sobald in der allgemeinen Masse ausreichend Mittel zur Deckung der Kosten des Verfahrens der betroffenen Sondermasse vorhanden sind, sind die Mittel der belasteten Sondermasse zurückzuführen und die negative Masse ist anteilig der Quote aller Insolvenzgläubiger zu entnehmen.

lichkeit, sondern aus dem Gegenteil. Das Recht sollte sich nicht zur Geheimwissenschaft entwickeln, die nur eingeweihten Experten zugänglich ist.

* Der Autor ist Partner der Sozietät STAPPER/JACOBI/SCHÄDLICH Rechtsanwälte, Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht und Lehrbeauftragter der Universität Leipzig.

¹ Karpen, JuS 2016, 579.

² Hierzu Jacobi, ZInsO 2017, 1 ff.

Bei aller notwendigen Detailliebe zum konkreten Gesetz, das jeweils im Visier des Gesetzgebers steht, sollte sich auch darauf besonnen werden, was das Recht seinem Ursprung nach ist und welche Funktionen es erfüllt.

II. Gibt mehr Recht mehr Freiheit?

Die Frage nach dem, was Recht ist, ist eine typische rechtsphilosophische Frage.

Schopenhauer beantwortet die Frage in einem ungewöhnlichen, einem negativen Sinne. Wer den Begriff des Rechts zu definieren versucht, „will einen Schatten greifen, verfolgt ein Gespenst [...] Der Begriff des Rechts ist nämlich, ebenso wie auch der der Freiheit, ein negativer: sein Inhalt ist bloße Negation. Der Begriff des Unrechts ist der positive und ist gleichbedeutend mit Verletzung [...] Hiernach ist das Menschenrecht leicht zu bestimmen: jeder hat das Recht, alles zu tun, wodurch er keinen verletzt.“³

III. Naturrecht – Rechtspositivismus

Eine gängigere, ältere Antwort auf die Frage, was Recht ist, lautet, Recht sei ein naturgegebener Zustand, der lediglich von den Menschen in Worte gefasst werden müsse, zumindest was die obersten Rechtsprinzipien betreffe, etwa die Sorge der Eltern um die Kinder oder das Recht auf Leben (Naturrecht). Insofern ist das Recht dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen und gilt unabhängig von staatlicher Gesetzgebung. Heute wird als Recht vor allem das verstanden, was ein legitimer Gesetzgeber als Recht erlässt (Rechtspositivismus).

IV. Gesetz und Recht des Grundgesetzes

Doch ist Recht mehr als nur das Gesetz. Gesetz und Recht zu unterscheiden entspricht nicht nur der Tradition, sondern ist auch in Art. 20 Abs. 3 GG niedergelegt:

„Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“

Neben dem Begriff des Gesetzes als geläufiger Rechtsquelle weist diese Formulierung auf weitere Quellen hin. Neben dem genannten Naturrecht durchgeistern Begriffe wie Gewohnheitsrecht, Richterrecht oder Rechtsprinzipien den Sprachgebrauch. Des Weiteren existieren Rechtsquellen, die nicht gesetzlichen Ursprungs sind, die insbesondere nicht vom Parlament als dem Gesetzgeber stammen, wie Rechtsverordnungen der Verwaltung, Kirchenrecht, Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen, Völkerrecht, und vor allem Verträge.

V. Durchsetzbarkeit und Erwartungssicherheit

Wichtiges Merkmal des Rechts ist seine Durchsetzbarkeit. Recht impliziert, wie *Kant* formulierte, denknötwendig Zwang.⁴ Es muss dem Recht die Möglichkeit immanent sein, normierte Ansprüche gegen den Willen Einzelner durchzusetzen. Der Normbefehl als solcher statuiert bereits ein Verhaltensgebot, das sozialisiert. Sowohl die Einzelzwangsvollstreckung als auch die Gesamtvollstreckung der InsO gewährleisten die Möglichkeit

gegen den Willen einzelner Schuldner bestehendes Recht, insbesondere Zahlungsansprüche, durchzusetzen. Ebenso ermöglicht das Recht durch den Insolvenzplan und nun neu durch den Restrukturierungsplan den Willen des Schuldners nebst dem einer Gläubigermehrheit gegen eine Gläubigerminderheit durchzusetzen. In welcher konkreten Form die Restrukturierungsrichtlinie umgesetzt wird – als Zwangseinigungsverfahren ähnlich einem Insolvenzplan ohne Insolvenzverfahren oder als Vertragshilfverfahren – wird zeitnah vom deutschen Gesetzgeber entschieden werden.⁵

Wichtig für ein Rechtssystem ist seine Verlässlichkeit. Wie *Luhmann* festhält, ist Erwartungsunsicherheit viel unerträglicher als das Erleben von Überraschungen und Enttäuschungen. Die dem Recht eigene Ordnungsfunktion folgt aus der damit einhergehenden Erwartungssicherheit, da es wichtig ist zu wissen, was man berechtigterweise von anderen – aber ebenso von sich selbst – erwarten kann.⁶

1. Objektives, subjektives Recht

Ein geläufiges Begriffspaar unterscheidet das objektive Recht als Rechtsnorm, in ihrer Geltung zunächst unabhängig davon, ob sich jemand darauf beruft; und das subjektive Recht als das dem Einzelnen zustehende Recht, von dem dieser auch Gebrauch macht, sich darauf gegenüber einer anderen Person beruft. Ein Recht nur niederzuschreiben genügt nicht. Es muss für den Betroffenen auch umsetzbar sein.

2. Gerechtigkeit als Eigenschaft in der Rechtsgemeinschaft

Stellt das Recht mit seinen unterschiedlichen Funktionen und Auswirkungen in der Summe einen Beitrag zur Gerechtigkeit dar? Ist diese auch ein Ziel des Rechts? Das Gegenteil zu formulieren, klänge recht seltsam. Also scheint die Gerechtigkeit sehr eng mit dem Recht zusammenzuhängen. Entscheidend dafür, dass der sehr umstrittene, ungeklärte, relative Begriff der Gerechtigkeit⁷ zur Geltung kommen kann, sind die Prozesse, die in einer sozialen Gemeinschaft eingehalten werden müssen, ob im Staat, in der Familie oder in einem Unternehmen. Eines der wichtigen Prozessmerkmale ist das der Gewaltenteilung, die dafür sorgt, dass nicht Einzelne zu viel Macht erlangen, um sich über die Interessen anderer hinwegzusetzen. Die Teilung der Gewalten, also der Einflussmöglichkeiten, ist aber nicht nur im Hinblick auf die grundlegenden Staatsfunktionen sinnvoll und aus der Erfahrung der Menschheit zur Begrenzung von Macht notwendig, sondern ebenso auf anderen Ebenen der Gesellschaft, wie der Wirtschaft.

Gerechtigkeit als Kriterium zwischen Menschen wird notwendigerweise erst in Gesellschaften relevant, je größer desto eher

3 *Schopenhauer*, Parerga und Paralipomena, II, S. 285 ff.; Bd. V, der Gesamtausgabe Wissenschaftlicher Buchgesellschaft Darmstadt.

4 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre, § D.

5 *Madaus*, DB 2019, 592 ff., zu diesen beiden grds. Modellen.

6 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 151 f.

7 *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, S. 197 ff.

und desto dringender. Weder Gerechtigkeit noch Ungerechtigkeit muss man notwendig, wie *Hobbes* formuliert, als Eigenschaften des Menschen verstehen. Sie sind aber Eigenschaften des Menschen insofern als er Bürger ist, also in einer Gemeinschaft lebt.⁸

3. Warum will der Mensch Recht?

Viel hat die Frage nach dem Ursprung des Rechts mit der über den Ursprung des Denkens und der Philosophie gemein. Diese Fragen lassen sich nicht mit derselben Plausibilität stellen wie die Frage: Was ist der Ursprung der Biologie oder der Physik und warum gibt es sie? Was diese sind, lässt sich anhand von deren Teilgebieten erläutern, ebenso wie im Recht. Warum es Physik gibt, erscheint nicht als sinnvolle Frage. Denn Physik erklärt wie andere Naturwissenschaften bereits existente Abläufe der Welt, erläutert etwa das Prinzip der Schwerkraft, die es schlicht gibt – mit aber auch ohne den Menschen. Das Denken als Erscheinung in der Welt ist wie die Naturkräfte bereits vorhanden. Aber erst die Gedanken des Menschen sind die Bedingung für das weitere, was alsdann Recht genannt wird. Diese Gedanken sind nicht vom Zufall abhängig, sondern zu wesentlichen Teilen vom Willen des Menschen.

„Der Boden des Rechts“, wie *Hegel* schreibt, ist also „überhaupt das Geistige, und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht, und das Rechtssystem das Reich der verwirklichten Freiheit [...] ist.“⁹

Es lässt sich – anstelle von „Was ist Recht?“ – fragen, warum will der Mensch bestimmte Rechtsregeln?

4. Recht als menschengespezifisches Verhalten in der Gemeinschaft

Die Menschen könnten sich entscheiden, ohne ein Rechtssystem zu leben. Die Funktionsfähigkeit von Gesellschaften wäre dann sehr eingeschränkt bzw. unmöglich. Ein Überleben ist nur mit einem gewissen Grad an Ordnungsstruktur möglich, insbesondere in größeren Gemeinschaften. Die Menschen entscheiden sich, sich selbst bestimmte Regeln aufzuerlegen und diese einzuhalten. Die Menschen verhalten sich also auf eine bestimmte Weise. Recht lässt sich daher als menschengespezifisches Verhalten verstehen.

Menschengespezifisch ist das Verhalten, das das Recht schafft, da es den konkreten Lebensweisen des Menschen entspringt. Dies gilt auch dann, wenn ein Mensch isoliert lebt. Er steht in jedem Fall, zwangsläufig, mit der übrigen Menschenwelt in Kontakt. Überall lassen sich Rechtsdispute denken.

5. Funktionen des Rechts

Die wesentlichen Funktionen des Rechts werden wie folgt benannt:¹⁰

- Gestaltungs- und Steuerungsfunktion;
- Verhinderung von Chaos (Ordnungsfunktion);
- Gerechtigkeitsfunktion;
- Rechtssicherheit;
- Durchsetzbarkeit;
- Streitklärung (Rechtskraft);
- politische Erziehungsfunktion;
- Herrschaftskontrollfunktion.

Aus diesen Funktionen folgt, wie sich die Menschen ohne das Recht verhalten würden.

VI. Klares Restrukturierungsrecht

Bei jedem Gesetz, bei jeder neuen Vorschrift, die erlassen oder geändert wird, sollte zur Funktionalität des Rechts auch im Blick behalten werden, die Rechtstexte möglichst so zu formulieren und zu positionieren, dass sie nicht nur dem Experten, der sich einzelne Vorschriften zusammensuchen weiß, sondern auch dem rechtlich nicht geschulten Bürger zugänglich und verständlich sind. Dies gilt auch im Wirtschaftsrecht für den Bereich der Restrukturierung trotz dort tätiger Spezialisten. Denn der Unternehmer und Geschäftsführer sollte in einem ersten Schritt selbst in der Lage sein, eine für ihn höchst relevante neue rechtliche Option prüfen zu können.

⁸ *Hobbes*, *Leviathan*, 2016, Kap. 13, S. 117.

⁹ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 2013, § 4 S. 31.

¹⁰ *Rüthers* (Fn. 7), S. 48 ff., S. 197 ff.; *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 1997, S. 49.

Tempo, Tempo, Tempo! Klassisches Kaufmanns- und Anwalts-Handwerk als Mittel der Insolvenzanfechtungsprävention

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeits- und Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Klaus Maier, Villingen-Schwenningen*

I. Allgemeines

Insolvenzen folgen typischerweise bestimmten Abläufen, mit sich sukzessive verschlimmernden Krisenstadien. Insbesondere ist es sehr häufig, dass sich die Liquidität des Krisenunternehmens (auch vor Kündigung von Bankver-

bindungen und Fälligkeitstellung gewährter Darlehen oder ähnlicher, eine Zahlungsunfähigkeit schlagartig begründender Sachverhalte) sukzessive verschlechtert. (Hieraus resultiert bspw. die Darlegungs- und Beweislastregelung des BGH, dass ab einem erstmaligen Zeitpunkt der Feststellung einer Zahlungsunfähigkeit im Zweifelsfalle da-