

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 75

**Das freie Nachforderungsrecht
der Konkursgläubiger**

Fragwürdigkeit und Grenzen

Von

Dr. Klaus Menzinger



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

KLAUS MENZINGER

Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 75

Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger

Fragwürdigkeit und Grenzen

Von

Dr. Klaus Menzinger



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05233 1

*Meiner Frau
meinen Kindern
und meinen Eltern*

Vorwort

Die Arbeit hat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg im Breisgau im Wintersemester 1980/81 als Dissertation vorgelegen. Bis Mitte 1982 erschienene Literatur konnte in Fußnoten noch berücksichtigt werden. Die Dissertation von Hans-Peter Ackmann zum gleichen Thema, die im Verlag Giesecking erscheinen soll, konnte ich leider nicht mehr einsehen.

Herrn Professor Dr. Dr. Dr. h. c. mult. W. Müller-Freienfels, der das Thema anregte, habe ich für Rat und Kritik zu danken. Ganz besonders danken möchte ich meiner Frau, meinen Kindern und meinen Eltern, die eine lange Zeit voller Entbehrungen durchstehen mußten.

Der Wissenschaftlichen Gesellschaft in Freiburg i. Br. danke ich für einen Druckkostenzuschuß.

Freiburg im Breisgau, im September 1982

Klaus Menzinger

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Konkursrechtsreform und freies Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger	13
I. Die „Krise des Insolvenzrechts“ im Schnittpunkt von Gläubiger- und Schuldnerschutz	13
Reformforderungen für einen effektiveren Gläubigerschutz (14) — Stimmen für einen verbesserten Schuldnerschutz wegen 1. der lebenslangen Haftung des Gemeinschuldners (14) — 2. der fakti- schen Schuldbefreiung im Gesellschaftsrecht (16) — 3. der anglo- amerikanischen Regelung der „order of discharge“ (16)	
II. Die „order of discharge“ nach englischem und amerikanischem Recht	17
Das englische Recht (17) — Das amerikanische Recht (22) — Der Unterschied zwischen „discharge“ und Zwangsvergleich (24) — Gang der Arbeit (25)	

Erster Teil

Die Interessenkonflikte nach Aufhebung des Konkursverfahrens

I. Das freie Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger	27
1. Die Aufhebung der konkursrechtlichen Vollstreckungsbeschrän- kungen (27)	
2. Die Bestätigung des Grundsatzes unbeschränkter Haftung (28)	
II. Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners	29
1. Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners „mit seinem Vermögen“ (29) — Der Vermögensbegriff unbeschränkter Haf- tung (29) — Die lebenslange Haftung des Gemeinschuldners (31) — Die Höhe und Verjährung der unbefriedigten Konkursforde- rungen (31) — Die Rechtswirklichkeit lebenslanger Haftung des Gemeinschuldners (31)	
2. Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners „für die Er- füllung seiner Schuld“ (33) — Die Haftung des Gemeinschul- dners bei verschuldetem und unverschuldetem Konkurs (33) — Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners für das un- beherrschbare Geschäftsrisiko der Zahlungsunfähigkeit (35) — Die Betriebswirtschaftslehre zum existentiellen Unterneh- mungsrisiko (36) — Beispiele aus dem Produktions-, Absatz- und Finanzierungsbereich (38)	

III. Die Interessenkonflikte bei unbeschränkter Haftung des Gemeinschuldners	42
1. Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners im Widerstreit zu anerkannten Schuldnerinteressen (42) — Das Interesse des Gemeinschuldners an einem Schutz vor unbegrenzter Haftung für das unbeherrschbare Risiko unternehmerischer Betätigung (43) — Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkungen mit organisationsrechtlichen Mitteln (43) — Die Rechtfertigung der Haftungsbegrenzung bei unternehmerischer Betätigung (46) — Das Interesse des Gemeinschuldners an einem Schutz vor lebenslanger Haftung (47) — Der Schutz der Arbeitskraft (48) — Der Schutz vor „unerträglicher“ Belastung im Schadensersatzrecht (48) — Der Schutz vor „dauernder Fesselung“ bei rechtsgeschäftlicher Verpflichtung (49)	
2. Die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners im Widerstreit zu Gläubigerinteressen (50) — Die Minderung der Konkursquoten durch das freie Nachforderungsrecht (50) — Die Gleichstellung aller unbefriedigten Konkursforderungen zum Nachteil der Delikts- und Unterhaltsgläubiger (53)	

Zweiter Teil

Die Rechtfertigung der unbeschränkten Haftung des Gemeinschuldners und ihre Kritik

I. Die Gründe der Motive gegen eine Entlastung des Gemeinschuldners	57
1. Zur Entlastung des Gemeinschuldners als „Rechtsverletzung gegen die Gläubiger“ (57) — Die Rechtfertigung des Entlastungsverbots aus der Systematik des Gesetzes (58) — Die Abwägung der Interessen als Entscheidungskriterium (61)	
2. Zum Vollstreckungsschutz als Interessenausgleich zwischen Gemeinschuldner und Konkursgläubiger (63) — Die „Herstellung gesunder Kreditverhältnisse“ als ursprüngliche Funktion der Vollstreckungsbeschränkungen (63) — Die Aufhebung der Schuldhafte (63) — Der Schutz der Lohnpfändung (65) — Die Motive der Zivilprozeßordnung (67) — Die Vollstreckungsgrenzen zum Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen; die heute herrschende Meinung (68) — Die Vollstreckungsgrenzen als Abgrenzung subjektiver Privatrechte: Die Ansicht Henckels (71) — Vollstreckungsschutz keine Begrenzung der Risikohaftung (73)	
3. Zum Zwangsvergleich als Interessenausgleich (74) — Der Zwangsvergleich im Gläubigerinteresse: Die Rechtfertigung der Motive (75) — Der Zwangsvergleich im öffentlichen Interesse: Die Konkursnovelle von 1898 (77) — Zum Vergleich als „Rechtswohlthat“ für den Schuldner: Die Vergleichsordnung (80) — Die Entstehungsgeschichte der Vergleichsordnung (81) — Kritische Stimmen zum Erziehungszweck der Vergleichsordnung (84) — Der Schutzvorrang der Gläubigerinteressen (86)	
II. Die Gründe von Rechtsprechung und Lehre für die unbeschränkte Haftung des Gemeinschuldners	88
1. Zur unbeschränkten Haftung des Gemeinschuldners als Unrechtssanktion (88) — Die älteren Rechtsanschauungen (89) — Fortwirkende Pönalisierungsgedanken (90) — Keine Unrechtsanktionen für unverschuldete Konkurse (90)	

2. Zur rechtsethischen Funktion unbeschränkter Haftung (91) — Das Postulat des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung (91) — Unbeschränkte Haftung als notwendige Folge wirtschaftlicher Selbstbestimmung und Selbstverantwortung (93) — Kritische Stimmen zur Herrschafts-Haftungsdoktrin (94) — Rechtsethik keine Begründung für die unterschiedliche Behandlung von Geld- und Sachschulden (95)
3. Zur wettbewerbspolitischen Funktion unbeschränkter Haftung (96) — Unbeschränkte Haftung als Ordnungsprinzip des Leistungswettbewerbs (96) — Moderne Wettbewerbstheorien gegen das Wirtschaftsmodell des Neoliberalismus und das marktregulierende Prinzip unbeschränkter Haftung (99) — Keine „Selbstreinigung der Wirtschaft“ durch unbeschränkte Haftung (100)
4. Zur Präventivfunktion unbeschränkter Haftung (102) — Unbeschränkte Haftung als Antrieb zu sorgfältigem Handeln (102) — Zweifel an der Wirksamkeit des Abschreckungsgedankens (103) — Keine Prävention gegen verhaltensunabhängige Insolvenzsachen (105)

Dritter Teil

Die Begründung des Gläubigerschutzes und ihre Kritik

- I. Die Begründung für den Schutzvorrang des Befriedigungsinteresses der Geldgläubiger 107
 1. Die Geldschuld als Erfolgsschuld (108) — Die Bestimmung des Leistungsinhalts nach den Rechtsfolgen der Nichterfüllung der Hauptleistungspflicht (108) — Rechtsgrundlagen für die Nichtbefreiung des Geldschuldners von seiner Zahlungspflicht (109) — Die Berufung auf die Regeln der Leistungsstörung (110) — Die Berufung auf einen allgemeinen Grundsatz (111)
 2. Der notwendige Vertrauens- und Verkehrsschutz der Kreditgläubiger (113) — Die Übernahme einer „Garantie der Leistungsfähigkeit“ durch den Kreditnehmer (114) — Das Vertrauen des Kreditgebers in das Rückzahlungsversprechen (115) — Die Kalkulationsgrundlagen des Kreditverkehrs (115) — Keine weitergehende Begründung der Risikoverteilung nach der „Sphärentheorie“ (116) — Die Frage nach dem Schutzzweck der Garantie- und Vertrauenshaftung des Kreditschuldners (117)
- II. Die Fragwürdigkeit eines uneingeschränkten Schutzvorranges vollständiger Befriedigung der Kreditgläubiger 118
 1. Uneingeschränkter Schutzvorrang der Kreditgläubiger aufgrund einer Garantie des Kreditschuldners? (118) — Die Fiktion einer Garantieverklärung des Kreditnehmers (118) — Grenzen einer Selbstbindung (120)
 2. Uneingeschränkter Schutzvorrang aufgrund des Vertrauens in das Rückzahlungsversprechen? (120) — Die entgegenstehende Kreditpraxis (120) — Grenzen des Vertrauensschutzes (122)
 3. Uneingeschränkter Schutzvorrang für die Kalkulation der Wirtschaftsplanung? (123) — Die Übernahme von Ausfallrisiken im Kreditverkehr (124) — Die Pflicht zur Berücksichtigung von Verlustrisiken bei der Planungsrechnung (126)

4. Gründe für eine Beteiligung der Kreditgläubiger am Erfolgsrisiko (128) — Die Risikoteilung aufgrund freiwilliger Interessenexponierung (129) — Der Zins als Prämie für das Verlustrisiko (130) — Die Möglichkeit des Selbstschutzes durch Kreditversicherung (131)

Ergebnis

Die Einschränkung des freien Nachforderungsrechts zum Ausgleich der Interessen von Konkursgläubigern und Gemeinschuldnern	133
1. Rückblick (133)	
2. Ausblick (140)	
Literaturverzeichnis	143

Einleitung

Konkursrechtsreform und freies Nachforderungsrecht der Konkursgläubiger

I. Die „Krise des Insolvenzrechts“ im Schnittpunkt von Gläubiger- und Schuldnerschutz

Die „Krise des Insolvenzrechts“ wird heute vielfach erörtert und beklagt¹. Sie wird schon durch die Tatsache belegt, daß etwa 80—90 % der Insolvenzen nicht mehr nach den hierfür vorgesehenen Verfahren der Konkurs- und Vergleichsordnung abgewickelt werden². Richter, Rechtspfleger, Konkursverwalter, Banken, Kreditversicherer, Sozialversicherungsträger, Arbeitsämter, Finanzämter, Gewerkschaften und Unternehmer fordern mit Wissenschaftlern daher, daß das geltende Konkurs- und Vergleichsrecht geändert werden müsse³. Zur Diskussion steht für sie nicht mehr das „ob“, sondern nur noch das „wie“ einer Insolvenzrechtsreform. Für die Erarbeitung eines neuen Gesamtkonzepts der Insolvenzvereinigung in einer „großen Insolvenzreform“

¹ Vgl. hierzu aus jüngster Zeit nur etwa Arnold, Rechtspfleger 1977, 385 ff.; Berges, Betriebsberater 1976, 387 ff.; derselbe, in: 100 Jahre KO, S. 363 ff.; derselbe, Betriebsberater 1978, Beilage 5 zu Heft 15; Drobnig, in: 51. DJT Bd. 1, S. F 1 ff.; Flessner, Sanierung und Reorganisation. Hanisch, ZZP 90 (1977), 1 ff.; derselbe, Jur. Blätter 1977, 237 ff.; derselbe, Basler Juristische Mitteilungen 1977, 161 ff.; Henckel, in: 51. DJT Bd. 2, S. O 8 ff.; derselbe, in: Wissenschaft und Entwicklung, S. 183 ff.; Hornung, Gerichtsvollzieher Zeitung 1976, 168 ff.; 180 ff.; Kilger, KTS 1975, 142 ff.; derselbe, ZRP 1976, 190 ff.; derselbe, in: 51. DJT Bd. 2, S. O 33 ff.; Knieper, Betriebsberater 1977, 622 ff.; Kretschmer, KTS 1977, 137 ff.; Künte, Betrieb 1978, 729 ff.; Locumer Protokolle 11/76; Praxis der Konkursabwicklung, S. 529 ff.; Serick, Betriebsberater 1978, 1477 ff.; Stürner, ZZP 94 (1981), 263 ff.; Uhlenbruck, NJW 1975, 897 ff.; derselbe, Gerichtsvollzieher Zeitung 1975, 180 ff.; derselbe, GmbH Rundschau 1976, 189 ff.; derselbe, in: Mentzel / Kuhn / Uhlenbruck, KO, Vorbem. Rz. 12; derselbe, in: KTS 1981, 513 ff.; Weber, in: 100 Jahre KO, S. 321 ff. — Die „Krise des Konkurses“ wird nicht erst heute beklagt. Vor allem in Zeiten eines Konjunkturtiefs war sie wiederholt Gegenstand von Erörterungen. Vgl. Arnold, Rechtspfleger 1977, 386 f.; Uhlenbruck, in: 100 Jahre KO, S. 19 ff. mit jeweils zahlreichen Nachweisen.

² Vgl. Praxis der Konkursabwicklung, S. 539.

³ Vgl. Praxis der Konkursabwicklung, S. 116 ff., 228 ff., 266 f., 329 f., 370, 425 f., 458 f., 489 ff., 509 f.

spricht der starke Funktionsverlust der geltenden Konkurs- und Vergleichsordnung⁴. Da ein neues „Jahrhundertgesetz“ aber wegen der vielschichtigen wirtschaftlichen Probleme erst nach langjährigen Voruntersuchungen erarbeitet werden kann, wird ein Sofortprogramm für eine „Interimslösung“ gefordert⁵, das jedoch die Grundlinien eines neuen Konzepts bereits erkennen lassen müsse⁶.

Die derzeitige Reformdiskussion befaßt sich fast ausschließlich mit einem effektiveren und gerechteren *Gläubigerschutz* als nach bisherigem Recht. Werden doch in den letzten Jahren weit mehr als $\frac{2}{3}$ der Konkurse mangels Masse erst gar nicht eröffnet oder später eingestellt⁷. Bei Konkurseröffnung sind durchschnittlich fast 90 % des schuldnerischen Aktivvermögens mit Aus- und Absonderungsrechten belegt⁸. Kreditinstitute werden mit fast 80 %, Warengläubiger mit 60 % ihrer Forderungen befriedigt⁹. Bevorrechtigte Gläubiger müssen sich mit einer Quote um 30 %, einfache Gläubiger mit weniger als 5 % zufrieden geben¹⁰. Dieser Befund steht im Gegensatz zum Konkurszweck der Gläubigerbefriedigung nach dem Grundsatz der *par condicio creditorum*. Er löste vielfältige Reformforderungen aus, die darauf abzielen, daß generell wieder Insolvenzen in einem geordneten Verfahren abgewickelt werden können, und daß diese ein besseres und gerechteres Ergebnis erzielen als es derzeit möglich ist. Als Mittel hierfür werden schwerpunktmäßig die Reform der Mobiliarsicherheiten, die Eindämmung der Masseverbindlichkeiten, der Abbau der Konkursvorrechte, die Erweiterung des Anfechtungsrechtes sowie eine frühere Eröffnung von Insolvenzverfahren diskutiert¹¹.

Neben den Forderungen nach einem verstärkten Gläubigerschutz sind jedoch auch Stimmen für einen verbesserten *Schuldnerschutz* zu

⁴ Berges, KTS 1955, 49 ff. u. ö.; Weber, KTS 1959, 80 ff.; derselbe, in: 100 Jahre KO, S. 321 ff., 326; Hanisch, ZZP 90 (1977), 1 ff., 37; Arnold, in: Loccumer Protokolle 11/1976, S. 88 ff.; Kilger, ZRP 1976, 190 ff.

⁵ Kilger, ZRP 1976, 191 f.

⁶ Arnold, Rechtspfleger 1977, 394 f.; derselbe, in: 51. DJT Bd. 2, S. O 155 ff.; Weber, in: 100 Jahre KO, S. 326.

⁷ Vgl. hierzu die regelmäßigen Berichte des Statistischen Bundesamtes in: „Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland“ bzw. in: „Wirtschaft und Statistik“ bzw. in: Fachserie „Zahlungsschwierigkeiten“. Für die KTS wurden sie regelmäßig von Doehring zusammengestellt. Vgl. zuletzt etwa KTS 1976, 220 ff.; 1977, 146 ff.; 1978, 136 ff.; 1980, 229 ff.; 1981, 139 ff. — Zur Situation in Frankreich, Österreich, Schweiz und USA vgl. Hanisch, Juristische Blätter 1977, 237. Vgl. weiter Kreditschutzverband von 1870. Jahresbericht 1979, ZIP 1980, 694 ff.

⁸ Auf die Aussonderungsrechte entfallen 28 %, auf die Absonderungsrechte 59 %. Vgl. Praxis der Konkursabwicklung, S. 43 f.

⁹ Vgl. Praxis der Konkursabwicklung, S. 44.

¹⁰ Vgl. Praxis der Konkursabwicklung, S. 44 f.; Doehring, KTS 1978, 141.

¹¹ Vgl. die in Fn. 1 angegebene Reformliteratur.

vernehmen. Sie weisen auf die unbefriedigende Rechtslage des persönlich haftenden Gemeinschuldners hin, der nach dem Konkurs mit seinem Neuerwerb dem Zugriff der Konkursgläubiger ausgesetzt bleibt, die ihre Restforderungen frei nachfordern¹² und diese, soweit sie zur Konkurstabelle widerspruchsfrei festgestellt sind, dreißig Jahre und darüber hinaus unmittelbar vollstrecken können¹³. Diese Regelung wird vornehmlich unter drei Gesichtspunkten in Frage gestellt.

1. Eine praktisch lebenslange Haftung des Gemeinschuldners sei ungerecht, unsozial und nicht mehr zeitgerecht. Sie sei jedenfalls dann „schreiendes Unrecht“, wenn der Konkurs durch überraschende Entwicklungen in der Wirtschaft verursacht wurde, denen gegenüber der Gemeinschuldner wehrlos war. Da selbst „weitsichtige“ Wirtschaftstheoretiker die Entwicklungen nicht mit einiger Sicherheit voraussagen könnten, sei es „in höchstem Maße unsozial“, die ganze Last den redlichen Gemeinschuldner tragen zu lassen, der von den Ereignissen „wie von einer höheren Gewalt“ betroffen werde¹⁴. Auch sei für einen Sozialstaat die den Konkurs überdauernde persönliche Haftung eine außerordentliche Härte. Indem sie nach dem Konkurs auch noch den Zugriff auf den zukünftigen Ertrag der Arbeitskraft des Schuldners bis zur Lohnpfändungsgrenze gestatte, entferne sie den erfolglosen Unternehmer nicht nur vom Markt, sondern lege es sogar in die Hände der Gläubiger, den Gescheiterten auf die soziale Stufe des arbeitsunwilligen Sozialhilfeempfängers zu deklassieren. Die prinzipielle Forderung nach unbeschränkter Haftung übersehe, daß der abhängige Arbeitnehmer auch in höheren Positionen fast nirgends Risiken ausgesetzt sei, die denen des selbständig Erwerbstätigen vergleichbar seien. Selbst völliges berufliches Versagen habe auf die Privatsphäre des Angestellten, insbesondere auf dessen Altersversorgung nur begrenzte Auswirkung, fast niemals aber die Existenzvernichtung zur Folge¹⁵. Schließlich sei die praktisch lebenslange Haftung des Gemeinschuldners nicht mehr zeitgerecht, weil sie unfrei mache. Außerdem habe sie zur Folge, daß der ehemalige Gemeinschuldner seinen Arbeitsverdienst oder Gewinn vor alten Gläubigern zu verbergen suche und seinen Kindern, Ehegatten oder anderen Angehörigen zuwende¹⁶.

¹² § 164 Abs. 1 KO.

¹³ Vgl. §§ 164 Abs. 2, 194, 206 Abs. 2 KO i. V. mit §§ 218 Abs. 1 S. 2, 217, 208, 209 Abs. 2 Zi. 5 BGB.

¹⁴ Heilmann, KTS 1975, 18 f., 282; vgl. auch Baumann, KO, S. 1.

¹⁵ Helm, ZGR 2 (1973), 483. Nach Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 291 ff. ist das Prinzip unbeschränkter Haftung auch im Bereich der Einzelzwangsvollstreckung im Rahmen des Konsumentenkredits unsozial, weil „dem Gläubiger nach den materiell-rechtlichen Prinzipien der Konsumfond des Arbeitnehmers, d. h. dessen Lebensbedingungen und damit letztlich doch dessen Leben und Gesundheit in die Hand gegeben werden“. (S. 310).

¹⁶ Kuhn, in: Mentzel / Kuhn, KO, 8. Aufl., Vorbem. 9 d vor § 1.