

Teil I: Einleitung

§ 1 Untersuchungsgegenstand

I. Themenzuschnitt

Die Untersuchung widmet sich insolvenznahen Kapitalgesellschaften in Form der AG und GmbH¹⁾. „Insolvenznähe“ bezeichnet eine finanzielle Krise des Unternehmens, die ohne Gegenwehr zur materiellen Insolvenz des Rechtsträgers forschreiten kann. Sobald sich die Gesellschaft der Insolvenz nähert, überlagern zusehends Konflikte der Kapitalgeber das Geschehen. Im Mittelpunkt stehen Gesellschafter als idealtypische Eigenkapitalgeber und Finanzgläubiger als idealtypische Fremdkapitalgeber. Ihre Finanzierungstitel berechtigen sie zur Teilhabe am Erfolg aus dem Investitionsprogramm des Unternehmens; diese Renditeerwartung ist bedroht, wenn die Gefahr manifest wird, dass die Gesellschaft das Unternehmen nicht mehr fortführen kann und das restliche Vermögen zwischen den Anspruchsinhabern verteilen muss. Die Gesellschaft muss daher unter Mitwirkung der Kapitalgeber ihre Kapitalstruktur neu ordnen, um die Zerschlagung des Unternehmens zu verhindern. Erfahrungsgemäß fordert der Prozess begleitende Kapitalmaßnahmen, da jedes sanierungsbedürftige Unternehmen frische Liquidität benötigt.

Falls der Prozess erfolgreich ist und die Gesellschaft eine neue Kapitalstruktur erhält, kann sie das operative Geschäft wieder in eine nachhaltig ertragreiche Bahn lenken. Da sich aber die Ausstattungsmerkmale von Eigen- und Fremdkapital unterscheiden, geht das strategische Kalkül der Financiers nicht Hand in Hand, obwohl sie den Unternehmenswert im gemeinsamen Interesse maximieren sollten²⁾. Die Konfliktlinien verlaufen nicht nur zwischen den Eigen- und Fremdkapitalgebern („Kollisionskonflikt“), sondern auch innerhalb der jeweiligen Gruppen von Kapitalgebern („Konkurrenzkonflikt“)³⁾. Können die Kapitalgeber ihre Konflikte nicht bewältigen, droht der Zusammenbruch der Gesellschaft und der Verlust des Fortführungswerts des Unternehmens.

¹⁾ Die Ergebnisse der Arbeit sind jedoch auch auf andere haftungsbeschränkte Gesellschaftsformen übertragbar, wie vor allem die Societas Europaea (SE) und die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG oder FlexCo).

²⁾ Grundlegend *Jensen/Meckling*, 3 J. Financial Econ. (1976) 305 und *Myers*, 5 J. Financial Econ. (1977) 147.

³⁾ Terminologie nach *Ekkenga*, ZHR 185 (2021) 792, 795, dort im Einsatz zur Beschreibung von institutionell-abstrakten Gläubigerschutzmechanismen.

II. Erkenntnisinteresse

Im Themenzuschnitt leuchtet das zentrale Erkenntnisinteresse der Arbeit hervor: Sie möchte die Konflikte der Kapitalgeber in der insolvenznahen Kapitalgesellschaft und die Mechanismen zu ihrer Bewältigung erfassen. Anlass und Motivation sind folgende Beobachtungen:

In den letzten Jahren hat sich zunehmend gezeigt, dass die tradierte Systembildung der Rechtswissenschaft keinen adäquaten Zugriff auf das Phänomen der „Unternehmenskrise⁴⁾“ erlaubt⁵⁾. Die Rechtsgebiete nähern sich dem Problem nach überliefelter Systematik nur aus der eigenen Binnenperspektive. Dadurch geht die Anbindung der Rechtsgebiete zueinander verloren und es entsteht eine hypertrophe Normgebung, die sachliche Zusammenhänge bei der Bewältigung von Unternehmenskrisen aus den Augen verliert.

Bei der Suche nach einem neuen Ansatz kann man zunächst als faktische Prämissen festlegen, dass es zu spät wäre, sich erst nach Eintritt der Insolvenzreife im Sinn von § 66 und § 67 IO der Frage zu stellen, wie mit der Unternehmenskrise umzugehen ist. Denn schon die insolvenznahe Kapitalgesellschaft gleitet in eine Übergangsphase, bei der es Bedarf nach insolvenztypischen Telen wie der Sanierung des Rechtsträgers gibt. Die materielle Insolvenz ist daher nur der End-, nicht der Ausgangspunkt des Problems. Wegen des Prozesscharakters der Unternehmenskrise existiert keine strikte Trennlinie zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, sondern beide Rechtsgebiete stecken ordnungspolitisch gemeinsames Terrain ab⁶⁾. Diese Feststellung ist „heute nachgerade banal“⁷⁾. Ob man Rechtsregeln zur Steuerung der Unternehmenskrise dem Gesellschafts- oder dem Insolvenzrecht zuschlägt, resultiert meist nur aus „Konventionen oder kurzläufigen gesetzlichen Schritten, liegt aber nicht in der Natur der Sache⁸⁾“.

⁴⁾ „Krise“ ist nur selten Rechtsbegriff (prominent aber § 2 EKEG) und auch sonst ein „in seiner Vielfalt nicht definierbarer Tatbestand“, so K. Schmidt, ZIP 2018, 853, 853. Die Arbeit kann daher auf die Betriebswirtschaftslehre verweisen, die zwischen den Arten, dem Verlauf, den Ursachen und dem Erkennen von Krisen unterscheidet; aus der Handbuchliteratur etwa *Aigner et al.*, Krisen- und Sanierungsmanagement 21–23; *Drukarczyk/Schöntag* in Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-HB⁶ § 2 Rz 2–85; *Kern/Schlager* in Feldbauer-Durstmüller/Mayr, Unternehmenssanierung in der Praxis 177–182; *Knops/Karabulut* in Knops/Bamberger/Lieser, Recht der Sanierungsförderung² § 6 Rz 6–27; *Lichtkoppler/Reisch*, in Lichtkoppler/Reisch, Handbuch Unternehmenssanierung³ Rz 1.11-1.28; *Seifl* in Mittendorfer/Mittermair, Handbuch Unternehmensfinanzierung AT Rz 2/218-2/225.

⁵⁾ Vgl dazu *Hirte*, ZGR 2010, 224, 224–228; *Paulus*, DB 2008, 2523, 2526 f; *ders*, RIW 2013, 577, 577 f; K. Schmidt, BB 2011, 1603, 1603 f.

⁶⁾ Aus unterschiedlichen Blickwinkeln etwa *Haas*, ZZPInt 23 (2018) 101, 103–105; *Paulus*, DB 2008, 2523, 2525; *Thomale*, JBI 2021, 14, 27; vgl auch *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 506 („*Corporate Insolvency and Reorganisation* lässt sich nicht in das Prokrustesbett der überkommenen Fächereinteilung zwängen“; Hervorhebung im Original).

⁷⁾ K. Schmidt, KTS 2010, 1, 3. Buchstäßig wegweisend *ders*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen (1990).

⁸⁾ Nochmals K. Schmidt, ZIP 2018, 853, 853.

Ein weiteres kommt hinzu: Das gemeinsame Terrain erstreckt sich nicht nur auf das Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Vielmehr wirken bei Insolvenznähe auch Mechanismen anderer Rechtsgebiete wie dem Zivil- oder Kapitalmarktrecht. Hierher gehören auch vorinsolvenzliche Sanierungshilfen, zum Beispiel das Restrukturierungsverfahren nach der ReO.

Kein Rechtsgebiet ist demnach für die Bewältigung einer Unternehmenskrise exklusiv zuständig. Wie aber kann man das Zusammenspiel dieser Sparten analysieren, ohne dass die althergebrachte Wandtafelsystematik der Rechtsordnung den Blick verstellt? Die Frage führt zurück zum Kern der Arbeit. Die Konflikte der Kapitalgeber sind nämlich der Schlüssel, um fernen des tradierten Fächerkanons eine Blaupause von der Mechanik der insolvenznahen Kapitalgesellschaft entwerfen zu können. Hierfür sind drei Gründe verantwortlich:

Erstens spielt die rechtsdogmatische Einordnung keine große Rolle, wenn man das Rechtskleid der Kapitalüberlassung bewusst in den Hintergrund rückt und spiegelbildlich den Leistungsgegenstand in den Vordergrund stellt. Gesellschafter sind dann wie Gläubiger zuallererst Investoren. Investoren schießen der Gesellschaft Kapital zu und rechnen mit höheren Rückflüssen in späteren Perioden. Was bleibt, ist die andere finanzwirtschaftliche Risikoexposition. Der Ansatz zwingt förmlich zu einer rechtsgebietsübergreifenden Perspektive, weil Eigen- und Fremdkapital ihre juristische Heimat in verschiedenen Hemisphären des Privatrechts finden. Die Perspektive macht daher Unterschiede, vor allem aber auch Gemeinsamkeiten der Konfliktlagen sichtbar.

Damit ist schon der zweite Vorteil angesprochen: Steht nämlich einmal fest, dass für den Konflikt nicht so sehr der Ausschlag gibt, ob ein Kapitalgeber im dogmatisch-konstruktiven Sinn Gläubiger oder Gesellschafter ist, stellt sich sofort die Frage, was es rechtfertigt, dass die Konfliktbewältigung von der Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsgebiet abhängt. Die Perspektive deckt also funktionale Wertungswidersprüche auf. Man denke exemplarisch an die Willensbildung der Kapitalgeber, die in jeder Unternehmenskrise zum Thema wird. Eigenkapitalgeber sind als Gesellschafter schon kraft ihrer Mitgliedschaft in das Verbandskollektiv integriert und haben für ihre Willensbildung daher andere institutionelle Voraussetzungen als Fremdkapitalgeber, die als Gläubiger nicht ohne weiteres den Zugang zu einem gesetzlichen Organisationsmodell nutzen können. Gläubiger einer insolvenznahen Kapitalgesellschaft sollten zwar genauso einen kollektiven Willen bilden, sind aber ohne vertragliche Vorsorge zunächst auf sich allein gestellt.

Drittens navigieren die Konflikte der Kapitalgeber geradewegs zum Ursprung aller Probleme: der Kapitalstruktur der Gesellschaft. *Leopold Levy* beginnt sein Lehrbuch mit der Feststellung „die Quelle aller Konkurse ist der Kredit⁹⁾“. Und das ist beileibe nicht falsch. Nur fällt Kredit nicht wie Manna vom

⁹⁾ Levy, Lehrbuch zum Konkursrecht² 1.

Himmel. Erst die Gesellschaft fragt Kredit am Markt bei den Kapitalgebern nach und mischt dadurch ihre Kapitalstruktur mit Fremdkapital. Eine Unternehmenskrise resultiert aus einer falsch eingestellten Kapitalstruktur, sobald die operativen Erträge des Unternehmens nicht mehr mit den Tilgungszahlungen an die Fremdkapitalgeber Schritt halten. In einer idealen Welt würde jetzt mit der „Restrukturierung¹⁰⁾“ ein Marktplatz einsetzen, der die Kapitalstruktur korrigiert, die Krise beseitigt und den Rechtsträger damit fortbestehen lässt. Die Konflikte der Kapitalgeber können aber ein Marktversagen auslösen und den Prozess zusammenbrechen lassen. Hier schließt sich der Kreis: Ist die Rechtsordnung eine „juristische Infrastrukturleistung zur Förderung effizienter und wettbewerbsfähiger Unternehmen¹¹⁾“, muss sie dieses Marktversagen korrigieren. Ob die Korrektur gelingt, hängt von der gebündelten Leistungskraft aller Mechanismen ab, die zur Bewältigung von Konflikten der Kapitalgeber beitragen.

III. Methodik

Das Erkenntnisinteresse der Arbeit ist hiermit offengelegt. Was noch fehlt, ist die dazu passende Methode. Nur mit einem Sekundärzitat überliefert, aber dennoch weit verbreitet ist das Diktum von *Ernst Rabel*, dass „ein guter Jurist Methode hat, aber nicht darüber spricht¹²⁾“. Sollte die Aussage jemals so gefallen sein, ist dem zu widersprechen. Methodentransparenz gehört nicht nur zum guten Ton, sondern ist „unbedingt geboten, denn sie fördert die eigene Denkdisziplin, stellt Selbstkontrolle sicher, hält rechtliche Eigenwertungen hintan und ermöglicht überhaupt erst inter-subjektive Nachprüfbarkeit¹³⁾“.

Das Erkenntnisinteresse der Arbeit fordert einen methodischen Dreischritt bestehend aus Rechtsdogmatik, Rechtsökonomik und Rechtsvergleichung. Der

¹⁰⁾ Auch für diesen Begriff gibt es zahlreiche Definitionen, vgl nun § 1 Abs 2 ReO und dazu *Fidler* in Fidler/Konecny/Riel/Trenker, ReO § 1 Rz 41–46. Oft versteht man „Restrukturierung“ und „Sanierung“ synonym, vgl *Kodek* in Koller/Lovrek/Spitzer, IO² § 1 Rz 8. Teils wird der Begriff von der „Reorganisation“ abgegrenzt, teils auch synonym dazu verwendet, vgl *Bork*, ZIP 2010, 397, 399; *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz 15; *Madaus*, Der Insolvenzplan 28; *Uhlenbrück*, KTS 1981, 513, 537; *van Zwieten/Goode*, Principles of Corporate Insolvency Law⁵ Rz 1–50.

¹¹⁾ *Fleischer* in Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 50, 63.

¹²⁾ So zitiert bei *Fikentscher*, Methoden des Rechts I 10, dort euphemistisch als „Methodenrelativismus“ bezeichnet. Passender wäre wohl „Methodennihilismus“.

¹³⁾ U. Torggler in U. Torggler, Richterliche Rechtsfortbildung und ihre Grenzen (2019) 47, 55. Die Zivilrechtslehrervereinigung lehnt zumindest ein „starres Gebot“ ab, wonach „jede wissenschaftliche Arbeit das zugrundeliegende methodische Vorgehen ausdrücklich erläutern müsse“. Vgl die „Kriterien für die Beurteilung wissenschaftlicher Leistungen auf dem Gebiet des Zivilrechts“; angenommen auf der Mitgliederversammlung am 22. 9. 2015 in Köln.

Zugang verspricht intra- und interdisziplinäre Breite und versucht damit, das Desiderat einer „pluralistischen Privatrechtstheorie¹⁴⁾“ zu erfüllen.

A. Rechtsdogmatik

Die rechtsdogmatische Methode ist erster Grundpfeiler der Arbeit, weil es zuvorderst um eine Untersuchung des geltenden Rechts geht. Hier setzt auch die Rechtsdogmatik an: Sie sucht nach einer Antwort auf die Frage, was in einem bestimmten Fall, nach den Gesetzen an diesem Ort und zu dieser Zeit rechtens ist (quid sit iuris¹⁵⁾). Rechtsdogmatik ist damit, soweit sie auf Rechtsgewinnung zielt, untrennbar mit der gerichtlichen Entscheidungspraxis verwoben. Rechtsdogmatik geht jedoch über Rechtsermittlung für den Einzelfall hinaus, weil sie auch eine „ordnende und stabilisierende Rekonstruktion des geltenden Privatrechts mit den Mitteln systematischen Denkens¹⁶⁾“ anstrebt. Als Kernaufgabe der Rechtsdogmatik lässt sich somit formulieren, dass sie den Rechtsstoff sichtet, um diesen begrifflich zu durchdringen und am Ende systematisch zu formen¹⁷⁾. Dogmatisches Denken ist damit von einer begrifflich-systematischen Ordnungsbildung geprägt. Systematisches Einordnen geschieht nicht im wertfreien Raum; denn es geht stets um Aussagen über den teleologischen Gehalt eines rechtlichen Phänomens¹⁸⁾. Die Arbeitsweise beschränkt sich also nicht auf eine rein formal-logische Tätigkeit.

Diese Ausführungen erklären, warum große Teile der Arbeit der Rechtsdogmatik verschrieben sind¹⁹⁾. Die Unternehmenskrise ist eine klassische Querschnittsmaterie²⁰⁾, die viele unterschiedliche Rechtsgebiete anspricht. Rechtsgebiete können sich aber eigene Ziele setzen, spezielle Wertungen verfolgen oder mit einer bereichsspezifischen Methodik arbeiten²¹⁾. Daraus resultieren Abstim-

¹⁴⁾ Siehe dazu *Grundmann*, RabelsZ 86 (2022) 364.

¹⁵⁾ *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie⁵ 243; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 9; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 30.

¹⁶⁾ *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net>; Erstpublikation am 8. 4. 2011). In Deutschland gab es in den letzten Jahren eine ausufernde Diskussion zur Disziplin der Rechtsdogmatik und ihrer Arbeitsweise, statt vieler *Bumke*, Rechtsdogmatik (2017); *Jansen*, AöR 143 (2018) 623; *Jestaedt*, JZ 2014, 1; *Lobinger*, AcP 216 (2016) 28. Vieles davon ließe sich unbesehen auf Österreich übertragen, die Diskussion hat im heimischen Privatrechtsdiskurs bislang aber keinen verstärkten Widerhall gefunden.

¹⁷⁾ *Bumke*, Rechtsdogmatik 45 f.

¹⁸⁾ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff² 88 f.

¹⁹⁾ Das inkludiert die Methodenlehre der Rechtsdogmatik (§§ 6, 7 ABGB), vgl. *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 30, deren Kenntnis hier vorausgesetzt wird.

²⁰⁾ *Claussen*, ZHR 147 (1983) 195, 197.

²¹⁾ *Möllers*, Juristische Methodenlehre⁵ § 6 Rz 18; zum (vermeintlichen) „Grundsatz der rechtsgebietsübergreifenden Einheitlichkeit der Methodenlehre“ s. *Müllert*, AcP 214 (2014) 188, 200–203, der festhält, dass „im methodischen Ausgangspunkt das Gesellschaftsrecht keine Sonderstellung gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht einnimmt“ (aaO 204).

mungsdefizite zwischen den Rechtsgebieten, die im Wege einer „Koordinationsdogmatik²²⁾“ harmonisiert werden müssen²³⁾). Diese Koordination gelingt durch systematisches Denken: Es legt mögliche und unerwünschte Wertungswidersprüche offen, damit man diese durch Auslegung, Rechtsfortbildung oder Änderung der Rechtslage ausräumen kann. Die „Einheit der Rechtsordnung²⁴⁾“ rückt dadurch ein Stück näher²⁵⁾). Da die Einheit der Rechtsordnung aber bloßes Ideal ist, kann man nicht ausschließen, dass der Gesetzgeber auch bereichsspezifische Prinzipien aufrechterhalten will und sich die Rechtsgebiete daher bei der Problemlösung wechselseitig im Weg stehen²⁶⁾). Auch für diese Einsicht müssen aber zuerst systematische Strukturen erdacht und entwickelt werden. Diese Strukturen schaffen die Voraussetzungen für eine komparative Analyse des Sachverhalts, die sich quer durch alle Rechtsgebiete bewegen kann.

Damit auch diese Arbeit einer geradlinigen Struktur folgen kann, wird im Anschluss an *Max Weber* oft auf die Denkform der „idealtypischen Begriffsbildung“ zurückgegriffen²⁷⁾). Der Idealtypus ist laut *Weber* ein „Gedankenbild“, das nicht die „eigentliche Wirklichkeit“ beschreiben soll, sondern ein „idealer Grenzbegriff“ ist, mit dem man die Wirklichkeit vergleicht. *Webers* empirischer „Typusbegriff“ hat als Denkform auch Eingang in die Rechtsdogmatik gefunden²⁸⁾). Der „Typusbegriff“ legt mehrere Eigenschaften oder charakteristische Züge eines Phänomens fest, die aber nicht stets zur Gänze erfüllt sein müssen; die Merkmale des Begriffs lassen sich also abstuften und können graduell variiert werden. Es ist strittig, welchen Wert die Typenbildung für die Rechtsdogmatik hat, weil die Denkform, so der Vorwurf, nicht in der Lage sei, größere wertungsmäßige Zusammenhänge und Prinzipien zu erfassen²⁹⁾). Hier ist nicht der Ort für eine Auseinandersetzung mit der Typuslehre. Die Idee, dass es Typenreihen

²²⁾ Konzept nach *Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe 50–122 (zu den Abstimmungsproblemen zwischen Aufsichts- und Aktienrecht).

²³⁾ *Fleischer* in *Engel/Schön*, Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007) 50, 58 (zur Interaktion von privatem Gesellschafts- und öffentlichem Kapitalmarktrecht); *Prusko*, Gesellschafterstellung in der Insolvenz 33f (Zusammenspiel der gesellschaftsrechtlichen Organisation mit dem Insolvenzrecht, das auf Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen zugeschnitten sei).

²⁴⁾ Zurückgehend auf *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung (1935).

²⁵⁾ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff² 116–121.

²⁶⁾ *K. Schmidt*, ZIP 2018, 853, 855 („Einheit der Rechtsordnung bedeutet nicht, dass Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im Fall von ‚distressed companies‘ zu einem ununterscheidbaren Amalgam vermischt werden sollen“).

²⁷⁾ *Weber*, Die „Objektivität“ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904) 190–212; zitiert nach *Winckelmann* (Hrsg), Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre⁷ (1988).

²⁸⁾ Dazu *Larenz*, Methodenlehre⁶ 461–473; krit zu dieser Typuskonzeption etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 930–934.

²⁹⁾ *Larenz*, Methodenlehre⁶ 473; vertiefend *Kern*, Typizität als Strukturprinzip 27–33, der die Lehre als wenig erfolgreich einstuft und meint, sie würde auch im Gesellschaftsrecht heute kaum noch Gefolgschaft finden; vgl dazu etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ § 5, 106–109.

ohne „feste“ Voraussetzungen gibt, die also nicht immer voll ausgeprägt sein müssen und durch andere Charakteristika ersetzt werden können, ist aber in Form von Klassifizierungslehrten ein allseits akzeptierter methodischer Zugang³⁰⁾. Vor allem lässt sich der Typusbegriff auch ohne normativen Anspruch einsetzen. Diese Arbeit definiert Idealtypen daher bewusst nach außerrechtlichen Kriterien, die nur, aber immerhin sicherstellen sollen, dass die Untersuchung einen funktionalen Problemzugang erhält und ihren Aufbau nicht nur in ein rechtsdogmatisches Korsett pressen muss. Es wird aber an keiner Stelle aus den Augen verloren, dass die Rechtsanwendung nicht von einer Zuordnung zu einem – willkürlich definierten – Typusbegriff abhängt, sondern stets eine wertende Betrachtung nach gesetzlichen Maßstäben erfordert.

Systemdenken und Systembildung sind zwei Seiten einer Medaille. Die Hauptvertreter der juristischen Methodenlehre unterscheiden zwischen einem „äußeren“ und „inneren“ System³¹⁾. Das äußere System fasst eine Normengruppe zusammen, die ein gemeinsamer Grundgedanke beherrscht und sich damit durch „normative Spezifität“ ausweist³²⁾. Das innere System geht einen Schritt weiter; es fordert, dass sich die Normengruppe in ein „widerspruchsfreies System von Wertentscheidungen und Rechtsprinzipien³³⁾“ integrieren lässt. Folglich versteht *Karl Engisch* unter einem „Wertungswiderspruch“ Fälle, in denen „der Gesetzgeber die zugrunde gelegten Gedanken und Prinzipien bei der Entwicklung der Regeln ins Einzelne nicht festhält³⁴⁾“. Eine derartige Systembildung steht im Zusammenhang mit Unternehmenskrisen noch aus. Wie bei Querschnittsmaterien üblich, spricht man in der Literatur zwar oft von einem „Restrukturierungsrecht³⁵⁾“, einem „Sanierungsgesellschaftsrecht³⁶⁾“ oder jüngst auch von einem „Restrukturierungsgesellschaftsrecht³⁷⁾“. Es dürfte den Autoren aber nur darum gehen, auf mögliche Querverbindungen zwischen den Rechtsgebieten aufmerksam zu machen oder ein griffiges Schlagwort für einzelne Rechtsfragen zu finden. Die Arbeit soll dagegen auch den normativen Charakter von „Restrukturierungsrecht“ systematisch herausarbeiten. Es wird sich zeigen, dass sich Restrukturierungsrecht dadurch auszeichnet, dass es mit den etablierten Wertungsprinzipien von Gesellschafts-, Zivil- und Kapitalmarktrecht

³⁰⁾ Einschlägig dazu *Steffek*, Privatautonomie, Verband, Insolvenz 237–244.

³¹⁾ Zu diesen Systembegriffen etwa *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 4f; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff² 19; *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung 26; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 437f, 473f; bei abweichendem Grundprogramm auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 140f, 142–147a.

³²⁾ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 23–27.

³³⁾ *Kramer*, Methodenlehre⁶ 98; zum inneren System grundlegend *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 31–51; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff² 40–60.

³⁴⁾ *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung 63.

³⁵⁾ *Paulus*, RIW 2013, 577, 577f; *ders*, ÖJZ 2022, 409; *Liedl*, Absoluter oder relativer Vorrang von Gläubigerklassen 69–86 (ohne klare Begriffsabgrenzung).

³⁶⁾ *Seibt*, ZIP 2014, 1909; *Seibt/Westphal*, ZIP 2013, 2333.

³⁷⁾ *Korch*, NZG 2020, 1299.

kollidiert. Es gibt also Antagonisten der Restrukturierung, wie die Vertragsfreiheit, den Gläubiger-, Individual- oder Anlegerschutz, und der Gesetzgeber muss entscheiden, inwieweit er in Kauf nimmt, eine Restrukturierung der Gesellschaft gegen die Fliehkräfte dieser Wertungsprinzipien zu fördern. Diese Prinzipienkollisionen werden im Lauf der Untersuchung nach und nach sichtbar, weil die Konflikte der Kapitalgeber als Marktversagen eingeordnet werden, die staatliches Eingreifen erfordern. Diese Feststellung leitet über zum zweiten methodischen Grundprogramm der Untersuchung: der Rechtsökonomik.

B. Rechtsökonomik

Der ethische Gegenentwurf zur Rechtsdogmatik ist die Rechtsökonomik („law & economics“; „economic analysis of law“³⁸). Die Rechtsdogmatik möchte als Disziplin und in der Tradition der *Kantischen Pflichtethik* die Rechtsordnung nur innerhalb ihrer eigenen intrinsischen Wertmaßstäbe verstehen und fortentwickeln³⁹), ist im Ausgang also eine deontologische Theorie von Regeln und Handlungen. Die Rechtsökonomik geht anders vor: Ihr Ansatz ist dezidiert folgenorientiert, weil es dem Forschungsprogramm um Entscheidungen von Menschen geht und wie man diese beeinflussen kann⁴⁰). Die Rechtsökonomik betrachtet Rechtvorschriften oder andere regelförmige Vorgaben daher als Instrumente, mit denen der Gesetzgeber Anreize schafft und Restriktionen setzt, die sich auf menschliches Verhalten auswirken können. Dabei nutzt die Rechtsökonomik das methodische Instrumentarium der Wirtschaftswissenschaften, um den Einfluss von solchen Änderungen auf das Verhalten der Menschen zu prognostizieren. Die Methode ist damit dem Konsequentialismus verschrieben, der seine bekannteste Spielart im Utilitarismus nach *Jeremy Bentham* gefunden hat. *Benthams* Arbeiten gelten dann auch als philosophische Grundlage der Rechtsökonomik⁴¹).

Die Rechtsökonomik hat aber keine mit der privatrechtlichen Dogmatik vergleichbare Integrationskraft, weil sie sich aus unterschiedlichen wirtschaftstheoretischen Ansätzen bedient, aus denen mehrere rechtsökonomische Schulen

³⁸) In jüngerer Zeit wird zwischen „ökonomischer Theorie des Rechts“ und „ökonomischen Analyse des Rechts“ differenziert, so *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts 5f; ähnlich *Calabresi*, The Future of Law and Economics 1–23. Für die Rezeption des Forschungsansatzes ist dies wenig hilfreich, weshalb hier „Rechtsökonomik“ in Folge schlicht als Oberbegriff verwendet wird.

³⁹) Zum klassischen Verständnis s. *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz 12 („Die Aufgabe der Rechtswissenschaft, so wie wir sie heute verstehen, ist eine dreifache. Sie legt die Gesetze aus, sie bildet das Recht gemäß den der Rechtsordnung immanenten Wertmaßstäben und den in ihr liegenden gedanklichen Möglichkeiten fort und sie sucht immer aufs Neue die Fülle des Rechtsstoffes unter einheitlichen Gesichtspunkten zu erfassen [...]“).

⁴⁰) *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts 7.

⁴¹) Dazu *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip⁴ 173–234; *Gelter/Grechenig*, *RabelsZ* 72 (2008) 513, 530–534; *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit⁴ 142–160.

entstanden sind⁴²⁾. Dazu zählen vor allem die Neue Institutionenökonomie und ihre Subdisziplinen wie die Transaktionskostenökonomik⁴³⁾ und die Verfügungsrechtstheorie („property rights theory“⁴⁴⁾). Weitere Stützpfiler der Rechtsökonomik sind die Finanzierungs- und die Spieltheorie⁴⁵⁾. Von diesen Subdisziplinen der Rechtsökonomik ist in dieser Arbeit vor allem der neo-institutionalistische Ansatz der Unternehmensfinanzierung von Interesse⁴⁶⁾.

Als gemeinsame Basis verbindet diese Forschungsrichtungen, dass sie zwar auf dem Fundament der Neoklassik aufbauen, aber deren Modellenge überwinden⁴⁷⁾. In einer neoklassischen Modellwelt würde beispielsweise auch jede wertmaximierende Unternehmenssanierung durchgeführt⁴⁸⁾. Die Neue Institutionenökonomie setzt dagegen voraus, dass Akteure wegen der Existenz von Transaktionskosten nicht mehr vollkommen rational handeln und sich auch opportunistisch verhalten⁴⁹⁾. Die Neue Institutionenökonomie sorgt damit für realitätsnähere Modelle. Ihr methodisches Selbstverständnis richtet sich darauf, die Effizienz von institutionellen Arrangements miteinander zu vergleichen, damit man jene Alternative findet, die den größten Kooperationsgewinn produziert („komparative Institutionenanalyse“⁵⁰⁾). Die Arbeit kann den ökonomischen Forschungsstand zwar nicht selbst fortentwickeln, möchte ihn aber mit

⁴²⁾ *Mercuro/Medema*, Economics and the Law² 1–5 („Chicago Law & Economics; Public Choice Theory; Institutional Law & Economics; The New Institutional Economics“). Für die prominente Chicago School sei stellvertretend verwiesen auf das fundationale Lehrbuch von *Posner*, Economic Analysis of Law⁹.

⁴³⁾ Grundlegend *Coase*, 3 J. L. & Econ. (1960) 1; *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism (1985).

⁴⁴⁾ Grundlegend *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. (1967) 347; *Grossman/Hart*, 98 J. Political Econ. (1990) 1119 (aufbauend auf dem „incomplete-contracts“-Paradigma); speziell zu Finanzkontrakten *Aghion/Bolton*, 59 Rev. Econ. Stud. (1992) 473; *Hart*, Firms, Contracts, and Financial Structure (1995); einführend *Bolton*, 30 J. L. Econ. & Org. (2014) i64, i70–i71; *Hart*, 39 J. Econ. Lit. (2001) 1079, 1083–1098; *ders*, 107 Am. Econ. Rev. (2017) 1731, 1735–1739; *Shleifer/Vishny*, 82 J. Finance (1997) 737, 750f; *Tirole*, Theory of Corporate Finance 389–395.

⁴⁵⁾ Überblick bei *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 1–32.

⁴⁶⁾ Kurz dazu *Perridon/Steiner/Rathgeber*, Finanzwirtschaft der Unternehmung¹⁸ 29f; *Schmidt* in Ott/Schäfer, Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts (1997) 170, 181.

⁴⁷⁾ Eine Ausnahme ist die Spieltheorie, deren Modelle meist davon ausgehen, dass alle Spieler perfekte und vollständige Informationen über die Spielregeln und Spielzüge haben, vgl *Magen* in Petersen/Towfigh, Ökonomische Methoden im Recht³ Rz 178.

⁴⁸⁾ *Fischer*, Agency-Probleme bei der Sanierung von Unternehmen 24f.

⁴⁹⁾ *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts 11; *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik⁴ 4–6.

⁵⁰⁾ *Coase*, 3 J. L. & Econ. (1960) 1, 43 („It would seem desirable to use a similar approach [opportunity cost approach] when dealing with questions of economic policy and to compare the total product yielded by alternative social arrangements“); *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism 41f („Although marginal analysis is sometimes employed, implementing transaction cost economics mainly involves a comparative institutional assessment of discrete institutional alternatives“).

Gewinn an die eigenen Fragen herantragen. *Holger Fleischer* hat diesen Zugang zuletzt im Sinn einer „wohlverstandenen Arbeitsteilung zwischen den Disziplinen“ als „weiche Rechtsökonomie“ bezeichnet⁵¹⁾.

Die Rechtsökonomik sucht allerdings außerhalb der USA nach wie vor ihren rechten Platz in der rechtswissenschaftlichen Forschung⁵²⁾. Im österreichischen Privatrecht steht man der Methode noch immer reserviert gegenüber; es fehlt auch eine Grundsatzdebatte, die den Forschungsansatz in die traditionelle Methodendiskussion einbettet⁵³⁾. Die Arbeit kann sich aber auf einen pragmatischen Ansatz zurückziehen und festhalten, dass sich die Rechtsökonomik zumindest im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht auch im deutschsprachigen Raum als Standardprogramm etabliert hat. Juristen sind in wirtschaftsnahen Rechtsgebieten eher bereit, die Grundannahmen der Rechtsökonomik – das „ökonomische Paradigma“ – zu akzeptieren. Dazu gehört vor allem das juristisch vielgescholtene Verhaltensmodell des *homo oeconomicus*, das aus dem Eigennutzentheorem und der Rationalitätsannahme besteht⁵⁴⁾. Diese Annahmen wirken bei professionellen Akteuren des Wirtschaftslebens ausreichend nachvollziehbar, um der Leistungsfähigkeit ökonomischer Modelle – pointiert gesagt – nicht von vornherein jeden rechtswissenschaftlichen Wert abzusprechen.

Der zweite Kerneinwand gegen eine Rezeption der Rechtsökonomik betrifft ihr Streben nach allokativer Effizienz, entweder in der Spielart des *Pareto*-Kriteriums oder dem weiter verbreiteten Kompensationskriterium, benannt nach *Nicholas Kaldor* und *John Hicks*⁵⁵⁾. Auch dieser Kritikpunkt wird der Methode aber nicht gerecht, weil er nicht nach dem Einsatzfeld der Rechtsökonomik differenziert. Auf Ebene der Gesetzwerdung verfängt der Einwand zum Beispiel gar nicht. Der einfache Gesetzgeber hat es in der Hand, die Rechtsordnung am Effizienzkriterium auszurichten, Grenzen setzt ihm nur die Verfassung⁵⁶⁾. Wollte der Gesetzgeber das Effizienzkriterium verwirklichen, ist die Effizienz also „Politik des Gesetzes⁵⁷⁾“, muss der Rechtsanwender das gesetzgeberische Motiv wie sonst auch bei der Gesetzesauslegung nachvollziehen (§ 6 ABGB). Gesetzliche Zielvorstellungen im Sinn einer ökonomisch effizienten Lösung darf, ja

⁵¹⁾ *Fleischer*, ZGR 2022, 191, 211.

⁵²⁾ Zu den Gründen *Gelter/Grechenig*, RabelsZ 72 (2008) 513, 540–559.

⁵³⁾ Vgl dazu *Gelter/Grechenig*, JRP 2007, 30; *Potacs*, ZfV 2008, 598; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht 15–25. Zu den Ursachen der zurückhaltenden Entwicklung im deutschsprachigen Raum aufschlussreich *Grechenig/Gelter*, RabelsZ 72 (2008) 513, 540–556.

⁵⁴⁾ Dazu *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts 12–18; einführend *Towfigh* in *Towfigh/Petersen*, Ökonomische Methoden im Recht³ Rz 69–79; *Grundmann*, RabelsZ 86 (2022) 364, 374f mwN.

⁵⁵⁾ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip⁴ 47–55; *Schwalbe* in *Fleischer/Zimmer*, Effizienz als Regelungsziel (2008) 43, 45–48 und 59–61.

⁵⁶⁾ *Wagner* in 2. FS *Canaris I* 281, 293–295.

⁵⁷⁾ *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip⁴ 451–454 in Anlehnung an das methodologische Diktum von *Ernst Steindorff*; vgl auch *Grundmann*, RabelsZ 61 (1997) 423, 434.