

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 145

Insolvenzanfechtung gegen Insider

Von

Johann Killinger



Duncker & Humblot · Berlin

JOHANN KILLINGER

Insolvenzanfechtung gegen Insider

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 145

Insolvenzanfechtung gegen Insider

Von

Johann Killinger



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Killinger, Johann:

Insolvenzanfechtung gegen Insider / von Johann Killinger. –

Berlin: Duncker und Humblot, 1991

(Schriften zum Bürgerlichen Recht; Bd. 145)

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1989/90

ISBN 3-428-07209-X

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1991 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-07209-X

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1989/90 von der juristischen Fakultät der Albert Ludwigs Universität in Freiburg angenommen. Das Manuskript wurde im Sommer 1989 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt.

Für die Betreuung der Dissertation und die schöne Zeit mit ihren vielfältigen Anregungen an seinem Lehrstuhl möchte ich zunächst und vor allem Herrn Professor Dr. Peter *Arens* danken. Dankbar bin ich ferner Herrn Professor Dr. Dieter *Leipold*, Zweitgutachter der Arbeit. Besonderen Dank schulde ich schließlich meinem Vater, der mir stets mit Rat und Tat zur Seite stand.

Berlin, im Mai 1990

Johann Killinger

Inhalt

Abkürzungsverzeichnis	17
-----------------------------	----

Erster Teil

Einführung in die Problematik und Analyse des Konkursanfechtungsrechts im Hinblick auf verschärfte Sanktionen gegen Insider

<i>Erstes Kapitel: Einleitung und Definitionen</i>	19
I. Einleitung und Ziele der Arbeit	19
II. Begriffsdefinitionen	21
1. Insider	21
2. Insiderrechtshandlungen	22
<i>Zweites Kapitel: Problematik und Lösungsansatz</i>	24
I. Problematik	24
1. Schwächen des Konkursanfechtungsrechts	24
a) Schwierige Beweislage	24
b) Knappe Fristen	25
2. Besondere Ineffizienz des Anfechtungsrechts bei Insiderrechtshandlungen	26
II. Lösungsansatz	30
1. Notwendigkeit verschärfter Sanktionen gegen Insider	30
a) Relevanz von Insiderrechtshandlungen	30
b) Maßstab für den Sanktionsbedarf	32
aa) Die Grundlagen des Anfechtungsrechts	32
bb) Zweifel an der Realitätsnähe des Anfechtungsrechts ..	34
cc) Korrigierter Maßstab	34
2. Aufbau der Untersuchung	35
a) Analyse des Anfechtungsrechts im Hinblick auf verschärfte Sanktionen gegen Insider	35
b) Prüfung anfechtungsrechtlicher Sanktionen gegen Insider ..	35
c) Keine Prüfung der Schenkungsanfechtung	36

<i>Drittes Kapitel: Absichtsanfechtung</i>	37
I. Überblick über die Absichtsanfechtung	37
1. Dogmatischer Ansatz und Grundtatbestand der Absichtsanfechtung	37
2. Beweiserleichterungen bei der Absichtsanfechtung	38
a) Gesetzlich geregelte Beweiserleichterungen	38
aa) § 31 Nr. 2 KO	38
(1) Vermutung der Benachteiligungsabsicht	39
(2) Vermutung der Kenntnis der Benachteiligungsabsicht	39
bb) § 30 Nr. 2 KO	41
cc) § 237 HGB	43
b) Beweiserleichterungen in der Rechtsprechung	43
aa) Inkongruente Deckungen	43
bb) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	43
c) Reformliteratur	44
d) Diskussionsentwurf	44
II. Verschärfte Sanktionen gegen Insider bei der Absichtsanfechtung	45
1. Bedarf nach verschärften Sanktionen	45
2. Realisierung verschärfter Sanktionen	46
<i>Viertes Kapitel: Besondere Konkursanfechtung</i>	47
I. Überblick über die besondere Konkursanfechtung	47
1. Grundlagen der besonderen Konkursanfechtung	47
a) Dogmatischer Ansatz	47
b) Der Ausgangspunkt des Gesetzgebers, Überlegungen 1-3 ..	48
c) Der Grundtatbestand: § 30 Nr. 1 Halbs. 2 KO	49
d) Der "Bargeschäftsvorbehalt" § 30 Nr. 1 Hs. 1 KO	49
2. Verschärfungen bei der besonderen Konkursanfechtung	49
a) Gesetzlich geregelte Beweiserleichterungen	50
b) Literatur	50
aa) Beweiserleichterungen bei Rechtshandlungen in der Krise ..	50
bb) Eingreifen der besonderen Konkursanfechtung vor der Krise	51
c) Rechtsprechung	52
d) Diskussionsentwurf	52
aa) Beweiserleichterungen	52
bb) Eingreifen der besonderen Konkursanfechtung vor der Krise	52

II. Insidersanktionen bei Rechtshandlungen in der Krise	53
1. Bedarf nach Beweiserleichterungen	53
2. Realisierung von Beweiserleichterungen	53
III. Insidersanktionen bei Rechtshandlungen vor der Krise	54
1. Die These	54
2. Eingreifen der besonderen Konkursanfechtung vor der Krise	54
a) Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor der Krise, Überlegung 1	55
aa) Eröffnungsgründe der KO als Anknüpfungspunkt für den Beginn der Gleichbehandlung	55
bb) Ableitung des Beginns der Gleichbehandlung aus den Grundlagen des Konkursrechts	56
(1) Grundlagen der Gleichbehandlung	56
a) Materielle Gründe für die Gleichbehandlung	56
(aa) Die Auffassung Berges	57
(bb) Die Auffassung Häsemeyers	58
(cc) Fiktive Zustimmung	59
(dd) § 242 BGB	60
(ee) Eigene Auffassung	60
(b) Funktionale Gründe für die Gleichbehandlung .	61
(aa) Ordnungsdenken	61
(bb) Utilitaristische Gründe	61
(cc) Billigkeitserwägungen	62
(2) Beginn der Gleichbehandlung	63
b) Erkennbarkeit des "materiellen Konkursgrundes" als zeit- licher Anknüpfungspunkt für die besondere Konkursanfechtung (Überlegung 2)	64
c) Nachweis subjektiver Kenntnis des materiellen Konkurs- grundes (Überlegung 3)	65
3. Realisierung verschärfter Sanktionen gegen Rechtshandlungen vor der Krise	66
a) Individuelles Eingreifen der besonderen Konkursanfechtung	66
b) Generalisierende Festlegung des materiellen Konkursgrundes	67
c) Praktische Durchführung	67
 <i>Fünftes Kapitel: Das Recht der eigenkapitalersetzenden Darlehen</i> unter besonderer Berücksichtigung des § 32a KO ...	70
 I. Bedeutung des Rechts der eigenkapitalersetzenden Darlehen für die Prüfung anfechtungsrechtlicher Insidersanktionen	70

II. Überblick über das Recht der eigenkapitalersetzenden Darlehen	71
1. Eigenkapitalersetzende Darlehen	71
2. Sanktionen	72
a) Gesetzlich angeordnete Sanktionen	72
b) Rechtsprechungsgrundsätze	72
III. Eigenkapitalersetzende Darlehen bei anderen Rechtsformen	73
1. Eigenkapitalersetzende Darlehen als betriebswirtschaftliches Problem	73
2. Sanktionen bei anderen Rechtsformen	73
IV. Eigenkapitalersetzende Darlehen und Konkursanfechtungsrecht	74
<i>Sechstes Kapitel: § 237 HGB</i>	77
I. Einführung	77
II. Die systematische Einordnung des § 237 HGB in das Konkursanfechtungsrecht	78
1. Meinungsstand	78
2. Notwendigkeit einer systematischen Einordnung	79
3. Versuch einer systematischen Einordnung	79
a) § 237 HGB als gesellschaftsrechtliche Haftungsnorm?	79
aa) Entstehungsgeschichte des § 237 HGB	80
bb) Wortlaut des 237 HGB	80
cc) Argument aus § 32a Abs. 3 GmbHG	80
dd) Argument aus § 237 Abs. 2 HGB	81
b) § 237 HGB als "Mittelding" zwischen Schenkungsanfechtung und besonderer Konkursanfechtung	82
c) Fraudulöses Zusammenwirken oder Kapitalabzug zur Unzeit	82
aa) Wortlaut	82
bb) Gesetzesmaterialien	82
cc) Systematische Erwägungen	83
(1) Die Auffassung Gerhardts	83
(2) Eigene Auffassung	84
III. Der Informationsvorsprung des Stillen	86
IV. Analoge Anwendung des § 237 HGB	88
V. Reformwünsche bei § 237 HGB	88

*Zweiter Teil***Verschärfte anfechtungsrechtliche Sanktionen gegen Insider**

<i>Siebtens Kapitel: Unternehmerisch beteiligte Gesellschafter der GmbH</i>	91
I. Überblick über Rechtsprechung, Literatur und Diskussionsentwurf	92
1. Rechtsprechung	92
a) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	92
b) Beweiserleichterungen bei § 31 Nr. 1 KO	94
2. Literatur	94
a) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	94
b) Beweiserleichterungen bei § 31 Nr. 1 KO	97
c) Analoge Anwendung des § 237 HGB	97
3. Diskussionsentwurf	99
a) Absichtsanfechtung	99
b) Besondere Konkursanfechtung	99
II. Prüfung verschärfter anfechtungsrechtlicher Sanktionen für Rechtshandlungen zwischen der GmbH und deren unternehmerisch beteiligten Gesellschaftern	100
1. Unternehmerisch und nicht unternehmerisch beteiligte Gesellschafter	100
2. Absichtsanfechtung	101
a) Sanktionsbedarf	101
aa) Beweiserleichterung für die Benachteiligungsabsicht	102
(1) Wahrscheinlichkeit eines Handelns mit Benachteiligungsabsicht	102
(2) Beweiserleichterung nur für Rechtshandlungen mit einem inkriminierenden Merkmal	103
(3) Zeitraum für die Beweiserleichterung	104
(4) Unwiderlegliche oder widerlegliche Vermutung	105
bb) Beweiserleichterung für die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht	105
b) Realisierung verschärfter Sanktionen de lege lata	106
aa) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	107
(1) Das "Durchgriffsproblem"	107
(2) Das "Zurechnungsproblem"	108
(3) Das "Analogieproblem", Vorliegen einer Regelungslücke	109
(4) Bedeutung des § 108 Abs. 2 VerglO	111

bb)	Weitere Beweiserleichterungen bei anderen Rechtshandlungen der GmbH mit Hilfe des Anscheinsbeweises bei § 31 Nr. 1 KO	113
(1)	Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises	113
(2)	Einzelne Erfahrungssätze	115
(a)	Unmittelbar benachteiligende Verträge	115
(b)	Inkongruente Deckungen	115
(c)	Rechtshandlungen ohne inkriminierendes Merkmal	116
(d)	Nachgewiesene Benachteiligungsabsicht	116
cc)	Gesellschafterdarlehen	117
(1)	Unmittelbar benachteiligende Darlehen	117
(2)	Inkongruente Deckungen (eigenkapitalersetzende Darlehen)	117
c)	Realisierung verschärfter Sanktionen de lege ferenda	119
aa)	Unmittelbar benachteiligende Verträge	119
bb)	Inkongruente Deckungen	119
cc)	Nachgewiesene Benachteiligungsabsicht	119
3.	Besondere Konkursanfechtung	121
a)	Sanktionsbedarf	121
aa)	Rechtshandlungen in der Krise	121
bb)	Rechtshandlungen vor der Krise	122
(1)	Vorliegen des materiellen Konkursgrundes	123
(2)	Erkennbarkeit des materiellen Konkursgrundes	124
(3)	Nachweis subjektiver Kenntnis des materiellen Konkursgrundes	124
b)	Realisierung verschärfter Sanktionen de lege lata	125
aa)	§ 30 Nr. 1 Halbs. 2 KO	125
bb)	§ 30 Nr. 1 Halbs. 1 KO	125
cc)	§ 30 Nr. 2 KO	126
dd)	Analoge Anwendung des § 237 HGB	126
(1)	Vorliegen einer Regelungslücke	126
(a)	Die Auffassung Koenigs	126
(b)	Die Auffassung Ulmers	127
(c)	Die Auffassung Kollhossers	127
(2)	Grundsätzliche Analogiefähigkeit des § 237 HGB	128
(3)	Anwendbarkeit des § 237 HGB bei Gesellschafterdarlehen	129
(4)	Anwendbarkeit des § 237 HGB bei anderen Rechtshandlungen	131
c)	Realisierung verschärfter Sanktionen de lege ferenda	133

<i>Achtes Kapitel: Nicht unternehmerisch beteiligte Gesellschafter der GmbH</i>	134
I. Rechtsprechung, Literatur und Diskussionsentwurf	134
II. Prüfung verschärfter Sanktionen	134
1. Absichtsanfechtung	134
a) Sanktionsbedarf	134
b) Realisierung verschärfter Sanktionen de lege lata	136
aa) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	136
bb) Anscheinsbeweis	137
c) Realisierung der Beweiserleichterungen de lege ferenda ..	138
2. Besondere Konkursanfechtung	138
a) Sanktionsbedarf	138
b) Realisierung der Insidersanktionen de lege lata	140
c) Realisierung der Beweiserleichterungen de lege ferenda ..	140
<i>Neuntes Kapitel: Insidersanktionen gegen Aktionäre</i>	142
I. Literatur und Diskussionsentwurf	142
II. Prüfung verschärfter Sanktionen	143
1. Unternehmerisch beteiligte und nicht unternehmerisch beteiligte Aktionäre	143
2. Sanktionsbedarf	144
3. Realisierung verschärfter Sanktionen; analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	145
<i>Zehntes Kapitel: Insidersanktionen gegen Gesellschafter einer oHG</i> ..	146
I. Rechtsprechung, Literatur und Diskussionsentwurf	146
II. Prüfung verschärfter Sanktionen	148
1. Unternehmerische Beteiligung	148
2. Sanktionsbedarf	148
3. Realisierung verschärfter Sanktionen	149
a) Die Identitätstheorie	149
b) Verweis auf unternehmerisch beteiligte GmbH-Gesellschafter	150
<i>Elfte Kapitel: Insidersanktionen gegen Kommanditisten</i>	151
I. Rechtsprechung und Literatur	151
II. Prüfung verschärfter Sanktionen	152

<i>Zwölftes Kapitel: Die juristische Person & Co.</i>	154
<i>Dreizehntes Kapitel: Ausgeschiedene Gesellschafter</i>	155
I. Literatur und Diskussionsentwurf	155
II. Prüfung verschärfter Sanktionen	155
1. Merkmale ausgeschiedener Gesellschafter	155
2. Absichtsanfechtung	156
a) Sanktionsbedarf	156
b) Realisierung verschärfter Sanktionen, § 31 Nr. 2 KO	157
3. Besondere Konkursanfechtung	158
<i>Vierzehntes Kapitel: Insidersanktionen gegen Manager</i>	159
I. Literatur und Diskussionsentwurf	159
II. Prüfung verschärfter Sanktionen	160
1. Der Auffangtatbestand § 145 Nr. 1 EInsO	160
2. Sanktionen gegen Mitglieder von Aufsichtsrat und Vorstand einer AG, Geschäftsführer einer GmbH und Personen, denen Geschäftsführungsbefugnisse übertragen und Prokura oder Handlungsvollmacht erteilt wurden	161
a) Absichtsanfechtung	161
aa) Sanktionsbedarf	161
bb) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	162
b) Besondere Konkursanfechtung	162
aa) Sanktionsbedarf	162
bb) § 237 HGB bei "Geschäftsführerdarlehen"	163
3. Anfechtungsrechtliche Sanktionen gegen Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und anderen funktional gleichgestellte Personen ohne Geschäftsführungsbefugnis	164
a) Absichtsanfechtung	164
b) Besondere Konkursanfechtung	165
4. Andere Personen, die über Einblicksmöglichkeiten verfügen	165
5. Ausgeschiedene Manager	165
 <i>Fünfzehntes Kapitel: Insidersanktionen gegen Personen, die den in den Kapiteln 7 - 14 genannten Insidern persönlich nahestehen, "Persönliche Verbindungen" ..</i>	 166
I. Rechtsprechung, Literatur und Diskussionsentwurf	166

II. Prüfung verschärfter Sanktionen	167
1. Der erfaßte Personenkreis	167
2. Sanktionsbedarf	168
a) Die Umgehungsgefahr	168
b) Absichtsanfechtung	169
c) Besondere Konkursanfechtung	170
3. Realisierung verschärfter Sanktionen	171
a) § 31 Nr. 2 KO	171
b) § 237 HGB	171
 <i>Sechzehntes Kapitel: Insolvenzanfechtung im Konzern, "Gesellschafts- rechtliche Verbindungen"</i>	 172
I. Literatur und Diskussionsentwurf	172
II. Prüfung anfechtungsrechtlicher Insidersanktionen im Konzern ..	172
1. Begriffsbestimmung	172
2. Herrschende und abhängige Unternehmen, § 17 AktG	173
a) Gemeinschuldnerin als abhängiges Unternehmen	173
b) Gemeinschuldnerin als herrschendes Unternehmen	173
3. Verbundene Unternehmen i.S.d. § 18 AktG	174
4. Wechselseitig verbundene Unternehmen	175
5. Betriebsaufspaltung	176
6. Über einen Gesellschafter verbundene Unternehmen	176
7. Andere Fälle gesellschaftsrechtlicher Verbindungen	176
 <i>Siebzehntes Kapitel: Insidersanktionen gegen Kreditinstitute, "Geschäft- liche Verbindungen "</i>	 178
I. Rechtsprechung und Literatur	178
II. Sanktionen gegen Kreditinstitute	180
1. Die Sonderstellung der Kreditinstitute	180
2. Absichtsanfechtung	182
a) Bedarf nach Beweiserleichterungen	182
b) Erleichterter Nachweis der objektiven Gläubigerbenach- teiligung	183
c) Sanierungsfeindlichkeit verschärfter anfechtungsrechtlicher Sanktionen	184
d) Analoge Anwendung des § 31 Nr. 2 KO	184
3. Besondere Konkursanfechtung	185
a) Abgrenzung zu den eigenkapitalersetzenden Darlehen und zu den §§ 138, 826 BGB	185
b) Sanktionsbedarf	186

c) Analoge Anwendung des § 237 HGB	187
III. Sanktionen gegen andere Personen, zu denen das Gemeinschuldnerunternehmen in geschäftlichem Kontakt steht	188
<i>Achtzehntes Kapitel: Zusammenfassung</i>	190
Literaturverzeichnis:	199

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB-Protokolle	Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Nürnberg 1857 - 1861
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
a.M.	anderer Meinung
AnfG	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater
Begr.RegE.	Begründung Regierungsentwurf
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Einl.	Einleitung
EInsO	Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung
f.(ff.)	folgende
FS	Festschrift
Fußn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	Rundschau für GmbH, Rundschau für GmbH, Monatsschrift für Wirtschafts-, Handels- und Steuerrecht
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber

i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft, in Zitaten Kammergericht
KO	Konkursordnung
Komm.	Kommentar
KTS	Zeitschrift für Konkurs, Treuhand und Schiedsgerichtswesen
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von <i>Lindenmaier, Möhring</i> u. a.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m. Anm.	mit Anmerkung
m.a.W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Rdnr(n).	Randnummer(n)
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
str.	streitig
VerglO	Vergleichsordnung
WM	Wertpapiermitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Erster Teil

Einführung in die Problematik und Analyse des Konkursanfechtungsrechts im Hinblick auf verschärfte Sanktionen gegen Insider

1. Kapitel

Einleitung und Definitionen

I. Einleitung und Ziele der Arbeit

Kennzeichnend für Insider ist deren Informationsvorsprung. Typisch ist weiter, daß sie diesen Vorsprung nutzen, um sich Vorteile zu verschaffen. Das ist, für sich betrachtet, ihr gutes Recht und nicht weiter anstößig.

Eine andere Beurteilung verdient dieses Verhalten, wenn es Pflichten verletzt und Dritte schädigt. Bekanntestes Beispiel sind die "Insiderskandale" an den Börsen. Hier mißbrauchen Insider ihre Kenntnis kursrelevanter Umstände für Spekulationen. Dadurch werden die Funktion der Börse beeinträchtigt und Anleger geschädigt. Das Ausnutzen von Insiderkenntnissen für Börsenspekulationen ist daher sanktionsbedürftig und wird auch, vor allem in den USA, streng geahndet¹.

Probleme mit Insidern gibt es nicht nur im Börsenbereich², sondern überall, wo durch das Ausnutzen einer Insiderstellung Dritten Schaden droht. Das ist auch durch masseschmälernde Rechtshandlungen vor einer Insolvenz möglich. Masseschmälerungen vor Konkurseröffnung zu verhindern und gegebenenfalls rückgängig zu machen, ist Aufgabe des Konkursanfechtungsrechts. Verschärfte anfechtungsrechtliche Sanktionen gegenüber Insidern gibt

¹ Es wird allerdings die These vertreten, das Ausnutzen des "natürlichen Informationsvorsprungs" sei das gute Recht der Insider oder gar die Honorierung deren wirtschaftlicher Pionierleistungen, vgl. *Arbeitskreis Gesellschaftsrecht*, Verbot des Insiderhandelns, S. 22.

² *Zahn*, ZGR 1981, S. 101. m.w.N.

es hier, abgesehen von § 31 Nr. 2 KO, bisher nicht. Das soll bei der bevorstehenden Insolvenzrechtsreform geändert werden³.

Hier wird untersucht, ob Bedarf nach anfechtungsrechtlichen Insidersanktionen besteht, welche Möglichkeiten das geltende Recht für Insidersanktionen eröffnet und welche Sanktionen de lege ferenda wünschenswert sind.

Beides ist aktuell. Soweit die Ausführungen den Diskussionsentwurf betreffen, ist die Aktualität offensichtlich. Auch die Erörterung der gegenwärtigen Rechtslage ist wegen der bevorstehenden Insolvenzrechtsreform kein rechtsgeschichtliches Vorhaben. Mit der Verabschiedung der geplanten Insolvenzordnung ist vor 1995 nicht zu rechnen. Bis dahin müssen sich die Gerichte mit den Möglichkeiten des derzeitigen Rechts um eine Lösung der Insiderprobleme bemühen. Das haben das *Reichsgericht*, der *Bundesgerichtshof* und die Instanzgerichte mehrfach und erst kürzlich wieder getan⁴. Dabei werden aber wichtige Fragen offengelassen. Auch die Literatur hat wiederholt zu der Problematik Stellung genommen⁵; eine zusammenhängende Darstellung fehlt indessen.

Weiteres Ziel dieser Arbeit ist es, die auch im Diskussionsentwurf beibehaltene Differenzierung des Konkursanfechtungsrechts nach verschiedenen Anfechtungsgründen hervorzuheben und insbesondere die sogenannte "besondere Konkursanfechtung" und die "Absichtsanfechtung" dogmatisch deutlich voneinander abzugrenzen. Das wird bisweilen vernachlässigt, wie insbesondere die Rechtsprechung zu § 30 Nr. 2 KO zeigt⁶. Diese grundsätzlichen Ausführungen bleiben von der Insolvenzrechtsreform unberührt, weil das Anfechtungsrecht bei dieser Gelegenheit nur überarbeitet, in seinem Kern jedoch nicht verändert werden soll.

Besonderer Wert wird auf die Abgrenzung des Konkursanfechtungsrechts zum Recht der eigenkapitalersetzenden Darlehen gelegt. Beide Institute dienen dem gleichen Ziel, nämlich die Haftungsmasse zu vermehren, bzw. deren Verminderung vorzubeugen. Dogmatisch bestehen aber wesentliche Unterschiede⁷. Die deswegen notwendige Unterscheidung beider Rechts-

³ Sonderregeln für "nahestehende Person" finden sich in den §§ 135 Abs. 3, 136 Nr. 3, 137 Nr. 1 Satz 2, 138 Abs. 2 EinsO i.V.m. §§ 143 - 145 EinsO.

⁴ *RGZ* 43, 105; *KG KUT* 1931, S. 158; *OLG Nürnberg KTS* 1960, S. 40; *BGHZ* 58, 20; *BGH NJW* 1969, S. 1719; *BGH NJW* 1975, S. 2193; *LG Hamburg KTS* 1976, S. 63; *BGHZ* 96, 352 = *EWiR* § 31 KO 1/86, 177 mit Anm. *Gerhardt*; *OLG Hamm ZIP* 1986, S. 1478.

⁵ *Wassertrüdingen*, *LZ* 1926, Sp. 582; *Bovensiepen*, *LZ* 1927, Sp. 1255; *Jaeger/Lent*, *KO*, § 31 Rdnm. 27, 30; *Lent*, *KTS* 1958, S. 129; *Immenga*, *GmbHR*, 1970, S. 258; *Plander*, *GmbHR* 1972, S. 121; *Fehl*, *ZGR* 1978, S. 725; *Kuhn/Uhlenbruck*, *KO*, § 31 Rdnm. 23 ff.; *Uhlenbruck*, *GmbHR* 1986, S. 109.

⁶ Nachweise unten in Kapitel 3 I 2 a bb.

⁷ Ein Überblick zum Recht der eigenkapitalersetzenden Darlehen findet sich unten in Kapitel 6.

institute wird erschwert, weil das Konkursrecht herkömmlicherweise zum Prozeßrecht gezählt wird, während das Recht der eigenkapitalersetzenden Darlehen im Gesellschaftsrecht entwickelte wurde. Zwischen beiden Bereichen findet nicht immer der gebotene Austausch statt⁸.

Der in der konkursrechtlichen Literatur etwas vernachlässigte Anfechtungstatbestand des § 237 HGB wird aus seinem Versteck im Recht der stillen Gesellschaft herausgeholt, dogmatisch in das System des Anfechtungsrechts integriert⁹ und auf verallgemeinerungsfähige Inhalte überprüft.

II. Begriffsdefinitionen

1. Insider

Im Börsenrecht wird versucht, den Begriff des Insiders allgemein zu definieren¹⁰. Kennzeichnend für Insider ist ein Informationsvorsprung hinsichtlich bestimmter Unternehmensinterna¹¹.

Auch für den hier verwendeten Insiderbegriff ist ein Informationsvorsprung wichtig, nur betrifft dieser nicht kursrelevante sondern konkursrelevante Umstände. Im allgemeinen tritt eine Insolvenz nicht plötzlich und für die Beteiligten überraschend ein¹²; sie steht vielmehr am Ende eines allmählichen Niedergangs, der sich durch sogenannte Insolvenzsignale äußerlich manifestiert¹³. Nicht allen Beteiligten sind diese Signale gleichzeitig und in

⁸ Vgl. *Karsten Schmidt*, KTS 1988, S. 1, 4 f.

⁹ De lege ferenda soll diese Vorschrift aus dem HGB in die zu verabschiedende Insolvenzordnung "verlegt" werden, vgl. § 141 EInsO.

¹⁰ Vgl. z.B. § 1 eines Gesetzesvorschlags des *Arbeitskreises Gesellschaftsrecht*, Verbot des Insiderhandelns, S. 55; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insidergeschäfte, insbesondere Artikel 6 sowie die anschließende Kommentierung, BR-Drucks. 290/87 = ZIP 1987 S. 1217; *Dingeldey*, Insider-Handel und Strafrecht, S. 1 f., 201.

¹¹ Vgl. *Volk*, Strafrecht gegen Insider, ZHR 147 (1978) S. 5; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte in ZIP 87, S. 1217, 1220.

¹² "Insolvenzen fallen nicht vom Himmel", so bereits *Schumann*, DJ 1937, S. 1210 f.; *Pfefferle*, Konkursanfechtung und Rückschlagsperre, S. 109; *Uhlenbruck*, Die GmbH & Co KG in Krise, Konkurs und Vergleich, S. 54 m.w.N.; *Wiringer-Seiler*, Anfechtungsrecht, S. 171 ff.

¹³ Für frühzeitige Prognosen über die weitere Entwicklung eines Unternehmens wurden verschiedene "Kennzahlssysteme" entwickelt, vgl. *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, Praxis der Konkursabwicklung, S. 511, ff., 520. Zu Methoden und Grenzen der Insolvenzfrüherkennung vgl. auch *Uhlenbruck*, Gläubigerberatung in der Insolvenz, S. 47 ff.; *ders.* Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich, S. 54 ff.