

CHRISTOPH THOLE

Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

92

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

92

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Christoph Thole

Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht

Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente
in der Unternehmensinsolvenz

Mohr Siebeck

Christoph Thole, geboren 1978, Studium der Rechtswissenschaften in Bayreuth und Münster; 2001 Erste Juristische Staatsprüfung; 2003 Promotion; 2005 Zweite Juristische Staatsprüfung; 2009 Habilitation an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Annahme eines Rufs an die Eberhard Karls Universität Tübingen zum April 2010.

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft in Bonn

e-ISBN PDF 978-3-16-151085-4

ISBN 978-3-16-150176-6

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Bembo-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Meiner Ehefrau Larissa
in Liebe und Dankbarkeit*

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen. Das Arbeitsprogramm und die Methodik der Untersuchung sind in der Einleitung näher erläutert.

Das Manuskript war im Januar 2009 abgeschlossen worden. Für die Veröffentlichung konnten die Nachweise weitgehend auf den Stand von August 2009 gebracht und neuere Entwicklungen noch berücksichtigt werden. Die rechtsvergleichenden Abschnitte gehen auf Forschungsaufenthalte in den USA und England in den Jahren 2007 und 2008 zurück; hier waren nur noch vereinzelte Ergänzungen möglich.

Mein größter Dank gebührt meinem hochverehrten akademischen Lehrer, Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M., der meine wissenschaftliche Arbeit von Beginn an wohlwollend und tatkräftig unterstützt hat. Er stand mir stets als verlässlicher Ratgeber zur Seite. Seine unermüdliche Schaffenskraft war und bleibt mir Ansporn und Vorbild.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Walter Gerhardt, der sein Votum trotz des Umfangs der Arbeit äußerst rasch erstellt hat, sowie der gesamten Bonner Fakultät für die unproblematische Durchführung des Habilitationsverfahrens.

Für Rat und Unterstützung möchte ich mich bei Herrn Prof. Dr. Eberhard Schilken und Herrn Prof. Dr. Hanns Prütting herzlich bedanken.

Den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, den Herren Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M., Prof. Dr. Holger Fleischer, LL.M., und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann, danke ich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Meine Aufenthalte in Chicago und Oxford wären ohne die Gastfreundschaft von Herrn Prof. Douglas Baird und Herrn Prof. John Armour nicht möglich gewesen. Auch dafür ein herzlicher Dank.

Für die finanzielle Unterstützung meiner Forschung während meiner Assistentenzeit danke ich der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste und ihrem Jungen Kolleg.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat diese Veröffentlichung mit einer großzügigen Publikationsbeihilfe unterstützt.

Bonn, im August 2009

Christoph Thole

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII

1. Kapitel: Grundlegung

§ 1 Einleitung	3
§ 2 Konzeptionelle und rechtspolitische Grundlagen	12
§ 3 Strukturprinzipien und Grundelemente des Insolvenzverfahrens als Einsatzbedingungen des insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes	51

2. Kapitel: Rechtsvergleichende Umschau

§ 4 Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung und verwandte Regelungsinstrumente im US-amerikanischen Recht	89
§ 5 Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung und verwandte Regelungsinstrumente im englischen Recht	207

3. Kapitel:

Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung und verwandte Regelungsinstrumente im deutschen Recht

§ 6	Die Insolvenzanfechtung im deutschen Recht	279
§ 7	Die Insolvenzanfechtung im System gesellschaftsrechtlicher Ausschüttungssperren	548
§ 8	Entwicklungs- und Harmonisierungsperspektiven des anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes	623
§ 9	Flankenschutz des anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes: Die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern für gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen	689

4. Kapitel:

Grenzüberschreitender Gläubigerschutz

§ 10	Kollisions-, europa- und zuständigkeitsrechtliche Rahmenbedingungen der Insolvenzanfechtung und verwandter Regelungsinstrumente	761
	Wichtigste zitierte Vorschriften aus dem US-amerikanischen Recht . .	947
	Wichtige zitierte Vorschriften aus dem englischen Recht	953
	Literaturverzeichnis	961
	Register	1015

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII

1. Kapitel: Grundlegung

§ 1 Einleitung	3
A. Anlass der Untersuchung	3
B. „Insolvenzrecht“ als mannigfaltiger Rechtsbegriff	7
§ 2 Konzeptionelle und rechtspolitische Grundlagen	12
A. Was ist Gläubigerschutz?	12
I. Die Gläubigerrisiken	12
1. Das Ausfallrisiko	12
a) Opportunismusrisiko	13
b) Gläubigerkonkurrenzzisiko	17
c) Informations- und Bewertungsrisiko	19
2. Die zeitliche Risikostruktur	20
II. Die verschiedenen Gruppen von Gläubigern	21
1. „Freiwillige“ und „unfreiwillige“ Gläubiger	21
2. Alt- und Neugläubiger	24
B. Rechtspolitischer Hintergrund der Untersuchung	26
I. Die Dominanz des (Kapital-)Gesellschaftsrechts	26
II. Die Erosion des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes seit <i>Centros</i>	30
1. Der Umschwung des deutschen Kollisionsrechts zur Gründungstheorie	30
2. Wettbewerb der Gesellschaftsrechte	33

III. Reformbaustellen des Gläubigerschutzrechts im Überblick	35
1. Mindestkapital	35
2. Kapitalaufbringung	37
3. Kapitalerhaltung	38
4. Bilanzrecht	40
5. Eigenkapitalersatzrecht	42
6. Haftungsbewehrte Pflichten von Geschäftsführern und Gesellschaftern	43
IV. Rechtspolitische Regelungsansätze	44
1. Ex ante- versus ex post-Gläubigerschutz	44
2. Der Stellenwert des anfechtungsrechtlichen und insolvenz- rechtlichen Gläubigerschutzes innerhalb des ex post- Gläubigerschutzregimes	47
C. Zum weiteren Vorgehen	50
§ 3 Strukturprinzipien und Grundelemente des Insolvenzverfahrens als Einsatzbedingungen des insolvenz- und anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes	51
A. Funktionen und Strukturprinzipien des Insolvenzrechts	51
I. Die Haftungsverwirklichungsfunktion	51
1. Haftungsverwirklichung als ausschließlicher Zweck des Insolvenzverfahrens?	53
a) Die Vorreiterrolle der US-amerikanischen Diskussion	53
b) Der Einfluss der Zweckdiskussion auf das deutsche Recht	56
2. Haftungszuweisung an die Gläubiger	59
3. Par conditio creditorum	61
II. Die Verhaltenssteuerungsfunktion	66
B. Die Insolvenzauslösetatbestände	67
I. Funktion der Insolvenzauslösetatbestände	68
II. Die Insolvenzauslösetatbestände der InsO im Einzelnen	71
1. Zahlungsunfähigkeit	71
2. Drohende Zahlungsunfähigkeit	75
3. Überschuldung	77
III. Entwicklungsperspektiven bei der Insolvenzauslösung	82
1. Rückkehr zur einstufigen Überschuldungsprüfung anhand von Liquidationswerten?	82
2. Ergänzende Anreize durch Haftungsregeln, Anfechtung und Verfahrensgestaltung	83
C. Zusammenfassung zu § 3	84

2. Kapitel: Rechtsvergleichende Umschau

§ 4	Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung und verwandte Regelungsinstrumente im US-amerikanischen Recht	89
A.	Einführung	89
B.	Rechtsquellen des Gläubigerschutzes	90
I.	Überblick über das Gläubigerschutzrecht im Allgemeinen	90
1.	Grundlegung	90
2.	Der Bedeutungsverlust des <i>Legal Capital</i> und der Aufstieg des Anfechtungsrechts	91
II.	Das Insolvenzanfechtungsrecht im Überblick	98
C.	Historische Entwicklung des Anfechtungsrechts	103
I.	Das Statute of 13 Eliz, c. 5 (1571) als Meilenstein der anglo- amerikanischen Entwicklung des <i>fraudulent transfer law</i>	103
II.	Die Absonderung eines eigenständigen <i>preference law</i>	107
D.	Die Wertungsgrundlagen des Anfechtungsrechts	110
I.	Das <i>preference law</i> als Regelung der Gläubigerkonkurrenz	111
II.	Das <i>fraudulent transfer law</i> als Regelung gläubiger- benachteiligender Vermögensverschiebungen des Insolvenzschuldners	115
1.	Das <i>fraudulent transfer law</i> als Teil des „Schuldner-Gläubiger- Rechts“	115
2.	Das <i>fraudulent transfer law</i> als Ausdruck moralischer Pflichten des Insolvenzsuldners und allgemeiner Gerechtigkeits- vorstellungen	117
III.	Die Grenzlinien zwischen <i>fraudulent transfers</i> und <i>preferences</i>	120
IV.	Das <i>fraudulent transfer law</i> in der ökonomischen Analyse des Rechts	122
1.	Das <i>fraudulent transfer law</i> als hypothetischer Vertrag des Schuldners mit der Gläubigergesamtheit	123
a)	Das <i>bargain</i> -Modell als Ausgangspunkt der ökonomischen Analyse	123
b)	Grenzen des <i>bargain</i> -Modells	125
2.	Das <i>fraudulent transfer law</i> als Mechanismus zur Erhöhung der Kreditaufnahmefähigkeit des Schuldners	126
3.	Erweiterung des Vertragsmodells auf die Rechtsbeziehung zwischen Gläubigergesamtheit und Anfechtungsgegner	130

E. Das Anfechtungsrecht im Einzelnen	132
I. Das <i>preference law</i> (11 U.S.C. § 547)	132
1. Die Voraussetzungen des 11 U.S.C. § 547	132
a) <i>Transfer of an interest of the debtor in property</i>	133
b) Deckung einer bestehenden Verbindlichkeit	134
c) Insolvenzzreife des Schuldners und Suspektsperiode	134
d) Besserstellung des Gläubigers	136
2. Praktische Reichweite des 11 U.S.C. § 547	137
3. Einschränkungen der Deckungsanfechtung	139
a) <i>New Value</i>	140
b) <i>Ordinary course of business</i>	141
c) <i>Subsequent advance rule</i>	143
d) <i>Two-point net improvement test</i>	144
e) Zwischenergebnis	144
II. <i>Fraudulent transfer law</i> (11 U.S.C. § 548, § 544(b) i.V.m. Sections 4, 5 UFTA)	145
1. Anwendungsbereich	145
2. Die Voraussetzungen des <i>constructive fraud</i>	147
a) Fehlen einer gleichwertigen Gegenleistung (<i>reasonably equivalent value</i>)	149
b) Materielle Insolvenzzreife	155
c) <i>Unreasonably small capital</i>	158
d) Rechtsgeschäfte im Bewusstsein drohender Insolvenz	161
e) Zuwendungen an Insider	162
aa) Vorteilsgewährungen als <i>constructive fraud</i> (11 U.S.C. § 548(a)(1)(B)(ii)(IV))	162
bb) Die Sonderregelung in Section 5(b)UFTA	163
3. Die Anfechtung moderner Finanz- und Unternehmens- transaktionen als <i>constructive fraud</i> am Beispiel des Leveraged Buy-Out	163
4. Die Voraussetzungen des <i>actual fraud</i> und ihre normativ- funktionelle Auslegung (11 U.S.C. 548(a)(1)(A))	168
5. Einschränkungen der Anfechtbarkeit zugunsten gutgläubiger Anfechtungsgegner	171
III. Die Rechtsfolgen der Anfechtung	174
F. Die Leistungsgrenzen des Anfechtungsrechts und ihre Überwindung durch verwandte Rechtsinstitute	176
I. <i>Equitable subordination</i> und <i>recharacterization</i>	176
1. Gesellschafterforderungen und Eigenkapitalersatz	176
2. Querbeziehungen zum Anfechtungsrecht	180

II. Die Haftung von Direktoren und Gesellschaftern für anfechtbare Rechtshandlungen	181
1. Die Direktorenhaftung für die Verletzung von Treuepflichten (<i>fiduciary duties</i>)	182
a) Allgemeines	182
b) Treuepflichten nach Eintritt der Insolvenzreife und <i>in the vicinity of insolvency</i>	183
2. Gesellschafterhaftung (<i>piercing the corporate veil</i> und <i>substantive consolidation</i>)	189
G. Die kollisionsrechtliche Behandlung des Anfechtungsrechts in der Rechtsprechung	192
I. Anfechtungsrecht und Kollisionsrecht bei inner-amerikanischen Sachverhalten	192
II. Anfechtungsrecht und Kollisionsrecht bei internationalen Sachverhalten	198
H. Zusammenfassende Würdigung	203
§ 5 Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung und verwandte Regelungsinstrumente im englischen Recht	207
A. Einführung	207
B. Rechtsquellen des Gläubigerschutzes	207
I. Grundzüge des Gläubigerschutzrechts	207
1. Das Prinzip der Kapitalerhaltung	208
a) Kapitalerhaltung im Companies Act 2006	208
b) Kapitalerhaltung im Common Law	210
c) <i>Ultra vires</i> -Lehre und Kapitalerhaltungspflichten der Direktoren	211
2. Durchgriffshaftung sowie <i>fraudulent</i> und <i>wrongful trading</i> (ss. 213, 214 IA 1986)	214
3. Pflichten des Direktors gegenüber Gläubigern nach Common Law – Die <i>West Mercia</i> -Doktrin	217
4. „ <i>Misfeasance</i> “ (s. 212 IA 1986)	219
5. <i>Director's disqualification</i>	221
II. Einsatzbedingungen der Insolvenzanfechtung im Gefüge des Gläubigerschutzregimes	222
C. Die Insolvenzanfechtung nach dem Insolvency Act 1986	224
I. Das Anfechtungsrecht im Überblick	224
II. Die Unterscheidung zwischen <i>preferences</i> und <i>fraudulent transfer law</i> im englischen Recht	228

III. Die Anfechtungstatbestände im Einzelnen	231
1. <i>Preferences</i> (s. 239 IA 1986)	231
a) <i>Improvement in position</i>	231
b) Suspektsperiode und Insolvenzerfordernis	234
c) Beeinflussung durch ein <i>desire to prefer</i>	236
d) Insideranfechtung	239
e) Einschränkungen der Grundregel	242
2. <i>Transactions at an undervalue</i> (s. 238 IA 1986)	244
a) <i>Transaction</i>	245
b) Die Unausgeglichenheit der gegenseitigen Leistungen	246
aa) Grundlagen	246
bb) Bewertungsmaßstäbe	247
cc) Monetäre Messbarkeit der ausgetauschten Leistungen	250
c) <i>Significant undervalue</i>	252
d) Weitere Voraussetzungen	253
e) Stellenwert und Bedeutung der s. 238 IA 1986	254
3. <i>Transactions defrauding creditors</i> (s. 423 IA 1986)	256
a) Anwendungsbereich und objektiver Tatbestand	256
b) Der Benachteiligungsvorsatz	260
aa) Materiell-rechtliche Anforderungen	260
bb) Beweiserleichterungen/Indizien	264
c) Die Anfechtung von Deckungsgeschäften mit der Vorsatzanfechtung	266
IV. Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung	269

3. Kapitel:

Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung und verwandte Regelungsinstrumente im deutschen Recht

§ 6 Die Insolvenzanfechtung im deutschen Recht	279
A. Die normativen Fundamente des deutschen Anfechtungsrechts	279
I. Das Verständnis der tatbestandlichen Wertungsgrundlagen in Rechtsprechung und Lehre	279
1. Die Unschärfe der <i>par conditio creditorum</i> als Erklärungsansatz für das gesamte Anfechtungsrecht	279
2. Die Anfechtung als Beschränkung privater Verfügungs- und Gestaltungsmacht	283
3. Das Befriedigungsrecht der Gläubiger als Schutzobjekt des Anfechtungsrechts?	284

II. Die Systematik der Anfechtungsgründe – Eigener Ansatz	287
1. Die historische Abspaltung der Deckungsanfechtung von der actio pauliana	287
2. Vorhandene Systematisierungsansätze im deutschen Recht	290
3. Die Unterscheidung zwischen der Anfechtung bei Gläubiger- konkurrenz und dem schuldnerbezogenen Anfechtungsrecht	292
a) Grundgedanken der Deckungs-/Gläubigerkonkurrenz- anfechtung	292
aa) Die Deckungs-/Gläubigerkonkurrenzanfechtung als Ausdruck der Gläubigergleichbehandlung und des Verbots eines opting-out	292
bb) Die Präventionswirkungen der Deckungsanfechtung	294
cc) „Unredlichkeitstheorie“?	295
b) Grundgedanken des „schuldnerbezogenen Anfechtungsrechts“	297
aa) Das schuldnerbezogene Anfechtungsrecht als Abwehr- mechanismus gegen inadäquate Haftungsvermeidungen	297
bb) Die Präventionswirkungen des schuldnerbezogenen Anfechtungsrechts	300
III. Ergänzende Wertungsgesichtspunkte	301
1. Verkehrsinteressen als limitierendes Prinzip der Insolvenz- anfechtung	301
2. Die geringere Schutzbedürftigkeit unentgeltlichen Erwerbs	304
3. Funktionswandel der Anfechtung bei Reorganisation und Sanierung?	305
IV. Die Einbeziehung von „Neugläubigern“ in den anfechtungsrechtlichen Schutz	307
1. Grundlagen	307
2. Neugläubigerschutz auf Tatbestandsseite	308
3. Neugläubigerschutz auf Rechtsfolgenseite	310
V. Die fehlende Differenzierung zwischen „freiwilligen“ und „unfreiwilligen“ Gläubigern	312
VI. Konkurrenzen	314
1. Die Selbständigkeit der Anfechtungstatbestände	314
2. Übergang von der Einzelgläubigeranfechtung zur Insolvenz- anfechtung	317
VII. Die Rolle des Insolvenzverwalters	321
B. Grundvoraussetzungen des anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes	324
I. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung i.S.d. § 129 InsO	324
1. Allgemeines	324
2. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise	327

II. Nahestehende Personen i.S.d. § 138 InsO	330
1. Grundlagen	330
2. Nahestehende Personen bei Gesellschaften (§ 138 Abs. 2 InsO) ...	333
a) § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO	333
b) § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO	335
3. Entwicklungsperspektiven des § 138 Abs. 2 InsO	338
a) Die verfehlte Engführung des § 138 Abs. 2 InsO durch den BGH	338
b) Lösungsansätze de lege lata	339
aa) 10%-Schwellenwert bei § 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO?	339
bb) Auffangtatbestand unter § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO	341
c) Lösungsansätze de lege ferenda	346
C. Das Anfechtungsrecht bei Gläubigerkonkurrenz	347
I. Die allgemeine Deckungsanfechtung der §§ 130, 131 InsO	347
1. Grundlagen	347
2. Die Befriedigung oder Sicherung eines Insolvenzgläubigers als Strukturprinzip der Gläubigerkonkurrenzanfechtung	348
3. Dreiecksbeziehungen	350
a) Mittelbare Zuwendungen	350
aa) Fallgruppen	350
bb) Anfechtung gegenüber der Mittelsperson	352
b) Zahlungen auf (durch Insider) gesicherte Verbindlichkeiten – Die <i>Levit</i> -Situation	354
4. Das differenzierte System der §§ 130, 131 InsO	356
a) Die Anfechtung kongruenter Deckungen (§ 130 InsO)	356
b) Die Abgrenzung inkongruenter von kongruenten Deckungen ..	359
c) Der vermeintliche Sonderfall des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO	361
5. Subjektive Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO	365
a) Stellenwert der subjektiven Voraussetzungen	365
b) Die Feststellung der subjektiven Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO im Einzelnen	367
aa) Subjektive Voraussetzungen bei kongruenten Deckungen unter § 130 InsO	367
bb) Subjektive Voraussetzungen bei inkongruenten Deckungen unter § 131 InsO	369
cc) Vermutung bei nahestehenden Personen (§§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 S. 2 InsO)	369
6. Die Bargeschäftsausnahme des § 142 InsO	371
a) Die Unklarheiten über Sinn und Zweck des § 142 InsO und das verfehlte Verständnis als Annex des § 132 InsO	371
b) § 142 InsO als Einschränkung der Deckungsanfechtung	374

7.	Die Sonderregelungen der allgemeinen Deckungsanfechtung	377
a)	Die Rückschlagsperre des § 88 InsO	377
b)	Die Insolvenzaufrechnung	378
aa)	Grundlagen der §§ 94, 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO	378
bb)	Die anfechtbare Aufrechnungslage i.S.d. § 96 Nr. 3 InsO . .	379
II.	Die „Insiderdeckungsanfechtung“ des § 135 InsO	382
1.	Die Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts	383
2.	Der Paradigmenwechsel durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts (MoMiG)	386
3.	Die Legitimation des Anfechtungstatbestands	388
a)	Hergebrachte Begründungsansätze	388
b)	Die konzeptionelle Trennung zwischen Nachrang und Anfechtung	390
c)	Die Übertragbarkeit der hergebrachten Erklärungsmuster auf die Anfechtungsregel	392
d)	§ 135 Abs. 1 InsO als Teil der Gläubigerkonkurrenzanfechtung und als Instrument zum Ausgleich von strukturellen Informationsasymmetrien	394
4.	Folgerungen aus dem Normzweck für den Tatbestand des § 135 Abs. 1 InsO	399
a)	Darlehen und gleichgestellte Forderungen	399
aa)	Grundsätze des früheren Rechts	399
bb)	Die erforderliche Neujustierung unter der Anfechtungs- lösung	401
(1)	Die erfassten Forderungen	401
(2)	Forderungen aus Nutzungsüberlassung als gleich- gestellte Forderungen und ihre besondere Behandlung in § 135 Abs. 3 InsO n.F.	405
cc)	Grenzen: Bargeschäftsausnahme des § 142 InsO	407
b)	Der persönliche Anwendungsbereich des § 135 InsO	409
aa)	Die Grundsätze des früheren Rechts	409
bb)	Korrekturbedarf unter dem neuen Recht	412
(1)	Nicht-Gesellschafter als Adressaten des § 135 InsO	412
(2)	Der Gesellschafter als Adressat des § 135 InsO bei Einschaltung einer Mittelsperson	415
5.	Die Anfechtung bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen (§ 135 Abs. 2 InsO)	416
6.	Die Anfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens (§§ 6, 6a AnfG)	418
7.	Konkurrenz zu anderen Anfechtungstatbeständen	419

D. Das schuldnerbezogene Anfechtungsrecht	421
I. Die Anfechtung von benachteiligenden Rechtsgeschäften nach Insolvenzreife (§ 132 InsO)	421
1. Die Zugehörigkeit des § 132 Abs. 1 InsO zum schuldner- bezogenen Anfechtungsrecht	421
a) Das hergebrachte Verständnis des § 132 Abs. 1 InsO als Ausdruck der par conditio creditorum	421
b) § 132 Abs. 1 InsO als anfechtungsrechtliches Verbot einer Zurücksetzung der Gläubigerbelange durch den Insolvenz- schuldner	423
2. Die Zuordnung des § 132 Abs. 2 InsO zum schuldner- bezogenen Anfechtungsrecht	428
3. Folgerungen aus dem Normzweck für den Tatbestand des § 132 InsO	430
a) Unmittelbar benachteiligende Rechtsgeschäfte des Schuldners (§ 132 Abs. 1 InsO)	431
aa) Ausklammerung von Erfüllungshandlungen	431
bb) Unmittelbare Benachteiligung	433
cc) Suspektperiode und Zahlungsunfähigkeit	436
b) Gleichgestellte Rechtshandlungen (§ 132 Abs. 2 InsO)	437
II. Die Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO)	439
1. Einführung	439
2. „Leistung des Schuldners“ – keine Erweiterung auf Gläubigerhandlungen	441
3. Die Unentgeltlichkeit als Zentralbegriff der Schenkungs- anfechtung	441
a) Grundlagen	441
b) Die Wiederangliederung an das bürgerlich-rechtliche Schenkungsrecht?	443
aa) „Rechtsgeschäftliche Sichtweise“ des § 134 InsO?	443
bb) Stellungnahme	445
cc) Keine Beschneidung des § 134 InsO zugunsten anderer Anfechtungstatbestände	447
c) Die Schenkungsanfechtung zwischen subjektiver Äquivalenz und objektiv-normativer Kontrolle	449
aa) Objektiv-normative Grenzen der „Entgeltauglichkeit“ der Gegenleistung	449
bb) Objektiv-normative Grenzen der Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung	450
cc) Subjektive versus objektive Äquivalenz beim konkreten Wertabgleich von Leistung und Gegenleistung – Teilweise unentgeltliche Leistungen	451

(1) Grundlagen	451
(2) Verschleierte „Schenkungen“	453
(3) Teilweise unentgeltliche Leistungen/Gemischte „Schenkungen“	453
dd) Irrtümer über die (Un-)Entgeltlichkeit	456
(1) Irrtum des Leistungsempfängers	456
(2) Irrtum des Insolvenzschuldners	457
(3) Gemeinsamer Irrtum von Insolvenzschuldner und Leistungsempfänger	458
ee) Nachträgliche Sicherheitenbestellung für eigene Schuld ...	459
d) Besonderheiten in Dreiecksbeziehungen	460
aa) Anweisungsfälle und mittelbare Zuwendungen	461
bb) Tilgung und Besicherung fremder Schulden	462
(1) Die differenzierende Lösung der Rechtsprechung	462
(a) Tilgungen	462
(b) Besicherungen	464
(2) Schwierigkeiten der Rechtsprechungslösung	465
(3) Die Lösung der Rechtsprechung im Lichte der Wertungen des schuldnerbezogenen Anfechtungs- rechts	469
cc) Eigener Ansatz	471
(1) Plädoyer für eine Stärkung der Schuldnerperspektive ..	471
(2) Wirtschaftliches Interesse des Insolvenzschuldners an der Gegenleistung?	473
(a) Das ungeklärte Verständnis in der Rechtsprechung	473
(b) Das „wirtschaftliche Interesse“ als Motor der Rechtsvereinheitlichung	475
(aa) Das „wirtschaftliche Interesse“ des Insolvenz- schuldners als einschränkendes Tatbestands- merkmal	475
(bb) Keine vollständige Übernahme der <i>indirect</i> <i>benefits</i> -Doktrin	477
(3) Die Bestimmung des wirtschaftlichen Interesses im Einzelnen	479
4. Ergebnis	481
III. Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)	483
1. Grundlegung	483
a) Die Vorsatzanfechtung im Überblick	483
b) Rahmenbedingungen eines Gläubigerschutzes durch Vorsatzanfechtung	483
2. § 133 Abs. 1 InsO als Grundtatbestand der Anfechtung bei schuldnerischen Haftungsvermeidungen	485
a) Erweiterung der Vorsatzanfechtung auf reine Gläubiger- handlungen?	485

b) Der Benachteiligungsvorsatz als zentrales Merkmal des	
§ 133 InsO	489
aa) Vorsatzzurechnung bei Kapitalgesellschaften	489
bb) Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz	490
(1) Materiell-rechtliche Voraussetzungen	490
(a) Grundlagen	490
(b) Materiell-rechtliche Besonderheiten bei der Vorsatz- anfechtung von kongruenten Deckungen?	491
(aa) Die Unlauterkeit als Anfechtungsvoraussetzung bei der Absichtsanfechtung von kongruenten Deckungen	491
(bb) Die Abkehr vom Unlauterkeitserfordernis und seine Abkoppelung von dem Kriterium des überwiegenden Benachteiligungswillens	494
(cc) Die Unvereinbarkeit des Merkmals der über- wiegenden Schuldnerintention mit dem bürgerlich-rechtlichen Vorsatzbegriff	495
(dd) Die Vorzugswürdigkeit einer beweis- rechtlichen Abgrenzung	497
(2) Beweiserleichterungen	498
(a) Inkongruente Deckungsgeschäfte	498
(aa) Die Inkongruenz als „förmliches“ Beweis- anzeichen	498
(bb) Kein systematischer Vorrang der Inkongruenz- anfechtung vor der erleichterten Vorsatzan- fechtung	502
(b) Tendenzen zur Einschränkung der förmlichen Beweiserleichterung	505
(aa) Keine Indizwirkung bei ausreichender Liquidität des Schuldners	505
(bb) Art und Ausmaß der Inkongruenz	506
(cc) Keine Indizwirkung bei einem „anfechtungs- rechtlich unbedenklichen Willen des Schuldners“	506
(dd) Sanierungsversuche	507
(c) Die normative Befrachtung des Inkongruenz- begriffs	510
(d) Sonstige Beweisanzeichen	511
(aa) Schluss vom kognitiven auf das voluntative Vorsatzelement	511
(bb) Anscheinsbeweis bei Leistungen trotz bestehender Zahlungsunfähigkeit	512
(cc) Vermögensverschleuderungen sowie weitere Beweisanzeichen	514

(dd) Die Indizwirkung einer unmittelbaren Benachteiligung	515
(ee) Auswirkungen der Rechtshandlung auf die weitere Geschäfts- und Vermögensentwicklung	517
(3) Zwischenergebnis	518
c) Kenntnis des Anfechtungsgegners	518
d) Der Bedarf an weitergehender Systematisierung und einem Ausbau der Beweisanzeichen	520
3. Die Insideranfechtung des § 133 Abs. 2 InsO	521
4. Ergebnis	524
E. Die Rechtsfolgen der Anfechtung	525
I. Der Theorienstreit über die systematische Einordnung der Anfechtung	526
II. Der Umfang der anfechtungsrechtlichen Haftung	528
1. Der Entstehungszeitpunkt des primären Rückgewähranspruchs nach § 143 InsO	528
2. Der Inhalt des primären Rückgewähranspruchs	530
3. Die Bedeutung der Verweisungsnorm des § 143 Abs. 1 S. 2 InsO .	530
a) Nutzungen	530
b) Die Haftung bei Unmöglichkeit der Naturalherausgabe	532
c) Teleologische Reduktion des Umfangs der Sekundärhaftung? .	536
d) Surrogate	536
4. Die Privilegierung des gutgläubigen Rückgewährschuldners bei der Schenkungsanfechtung, § 143 Abs. 2 BGB	539
5. Die Aussonderungskraft des Anfechtungsanspruchs	540
a) Rechtsprechung des BGH	540
b) Gegenauffassung	541
c) Stellungnahme	542
F. Zusammenfassung zu § 6	545
§ 7 Die Insolvenzanfechtung im System gesellschaftsrechtlicher Ausschüttungssperren	548
A. Die Kapitalerhaltung im deutschen Recht	549
I. Das Kapitalschutzsystem und seine Funktionen	549
II. Normzweck der Kapitalerhaltung	551
1. Gläubigerschutz	551
2. Schutz der Gesellschafter und der Gesellschaft	553
III. Der Tatbestand des § 30 GmbHG	555
1. Die Ermittlung des Vermögensstatus	555
a) Der Gegenstand der Vermögensbindung	555

b)	Die handelsbilanzielle Ermittlung des gebundenen Vermögens	556
aa)	Grundlagen	556
bb)	Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz	557
cc)	Going concern-Bewertung vs. Liquidationswerte	558
2.	Der Begriff der verbotenen Auszahlung	560
a)	Die handelsbilanzielle Konzeption des Auszahlungsbegriffs ...	560
aa)	Auszahlung	560
bb)	Verbotene Auszahlung: Strenge bilanzielle Betrachtungsweise?	561
cc)	Würdigung	563
b)	Erweiterungstendenzen und partielle Abkehr von der rein bilanziellen Beurteilung	564
aa)	Aufweichungsbestrebungen in Rechtsprechung und Praxis	564
bb)	Die Entscheidung des BGH vom 24.11.2003: Gegenständlicher Vermögensstrukturschutz bei bestehender Unterbilanz	566
(1)	Kreditgewährung an einen Gesellschafter	567
(2)	Die Kritik im Schrifttum	569
(3)	Stellungnahme	570
c)	Die Änderungen durch das MoMiG	572
3.	Konsolidierung und Plädoyer für eine modifizierte bilanzielle Kapitalerhaltung	573
a)	Schutzbereich und Eingriff	574
b)	Schranke	577
c)	Konzeptionelle Trennung zwischen Auszahlung und Unterbilanz	578
IV.	Rechtsfolgen des Verstoßes: Der Rückgewähranspruch nach § 31 GmbHG	579
1.	Anspruchsberechtigung	579
2.	Anspruchsinhalt	580
3.	Entfallen des Anspruchs aus § 31 GmbHG bei anderweitiger Wiederauffüllung des Stammkapitals?	583
4.	Ansätze zur Überwindung des engen persönlichen Anwendungsbereichs	584
a)	Solidarhaftung, § 31 Abs. 3 GmbHG	584
b)	Leistungen an nahe stehende Personen und sonstige Dritte ...	586
aa)	Haftung des Gesellschafters bei Leistungen an Dritte	586
bb)	Haftung des Dritten	589
(1)	Meinungsstand	589
(2)	Stellungnahme	592
V.	Zukunft des Kapitalschutzes und rechtspolitische Tendenzen ..	595

B. Kapitalerhaltung versus Insolvenzanfechtung	600
I. Grundlegende Unterschiede und Gemeinsamkeiten der allgemein-tatbestandlichen Anknüpfung	600
1. Der haftungsbegründende Vorgang: Gläubigerbenachteiligung vs. Auszahlung	600
2. Formeller versus materieller Gläubigerschutz	602
II. Unterschiede und Gemeinsamkeiten auf Rechtsfolgenseite	605
1. Der Primärbehelf	605
2. Die Sekundäransprüche	605
III. Kein eigenständiger Anwendungsbereich der §§ 129 ff. InsO? ..	607
1. Deckungs-/Gläubigerkonkurrenzanfechtung	608
2. Schuldnerbezogenes Anfechtungsrecht	609
a) § 132 InsO	609
b) Vorsatz- und Schenkungsanfechtung	609
aa) Abhängigkeit der Anfechtung von den gesellschafts- rechtlichen Ausschüttungssperren?	610
(1) Die Thesen von <i>Grigoleit</i>	610
(2) Stellungnahme	611
(a) Kein Vorrang des Gesellschaftsrechts a priori	611
(b) Einfluss des § 30 GmbHG auf die Schenkungs- anfechtung	613
(c) Einfluss des § 30 GmbHG auf die Vorsatz- anfechtung	617
C. Zusammenfassung zu § 7	621
§ 8 Entwicklungs- und Harmonisierungsperspektiven des anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes	623
A. Ergebnisse der Rechtsvergleichung	623
I. Objektiver versus subjektiver Ansatz	623
II. Unterschiede und Gemeinsamkeiten auf Tatbestandsseite	626
III. Unterschiede und Gemeinsamkeiten auf der Rechts- folgenseite	630
B. Internationale Harmonisierungsbestrebungen und internationale Anschlussfähigkeit des deutschen Rechts	632
I. European Principles of Insolvency Law	632
II. UNCITRAL Legislative Guide	635
III. Internationaler Währungsfonds: „Orderly & Effective Insolvency Procedures“	637

IV. Weltbank: Principles for Effective Creditor Rights and Insolvency Systems	639
C. Ansatzpunkte und Grenzen einer Fortentwicklung des deutschen Anfechtungsrechts	640
I. Grundlegung	640
1. Deckungs-/Gläubigerkonkurrenzanfechtung	640
2. Schuldnerbezogenes Anfechtungsrecht	642
II. Perspektiven de lege lata: Der Ausbau der Schenkungs- und Vorsatzanfechtung	645
1. Ausbau der Schenkungsanfechtung bei Gesellschaftergeschäften? ..	645
2. Fortentwicklung der Vorsatzanfechtung	648
a) Ein funktioneller Ansatz	648
b) Fallgruppen und Beweisanzeichen	650
aa) Leistungen ohne gleichwertige Gegenleistung	651
bb) Materielle Insolvenz oder gleichgestellte finanzielle Lage ..	653
cc) Insiderstellung	657
dd) Art des Geschäfts	659
ee) Verheimlichung und Verschleierung der Vermögens- verschiebung; Firmenbestattung	661
ff) Kongruente Deckungen	662
gg) Druckzahlungen	663
(1) Vermögensübertragungen an Dritte bei Andrängen eines Gläubigers	663
(2) Zahlungen an den andrängenden Gläubiger	664
hh) Zeitpunkt der Vermögensverschiebung	665
ii) Eigener Vorteil und Verbleib von Bestimmungsmacht und Gebrauchsvorteilen	666
jj) Rechtshandlungen im Rahmen eines Sanierungsversuchs ..	666
kk) Private Equity-Finanzierungen und Leveraged Buyouts ..	670
(1) Schenkungsanfechtung	671
(2) Vorsatzanfechtung	672
(3) Potentielle Anfechtungsgegner	673
3. Die Rolle der Rechtsprechung bei der Fortentwicklung der Vorsatzanfechtung	676
III. Die Herausbildung eines Äquivalents zum <i>constructive fraud</i> de lege ferenda?	677
1. Eine „per se“-Anfechtungsregel bei fehlender Austausch- gerechtigkeit und finanzwirtschaftlichem Ungleichgewicht?	678
a) Grundstrukturen des Tatbestands	678
b) Einbeziehung der drohenden Zahlungsunfähigkeit?	679
c) Schutz des Anfechtungsgegners	681

2. Eine Insideranfechtung als Substitut des Kapitalschutzes?	681
a) Grundlagen	681
b) Tatbestandliche Anknüpfung an die finanzielle Situation des Insolvenzschuldners	683
c) Suspektszeitraum	685
d) Schutz des Anfechtungsgegners	685
e) Rechtsformunabhängige Ausgestaltung der Anfechtungsregel .	686
f) Ergebnis	687
D. Zusammenfassung zu § 8	687
§ 9 Flankenschutz des anfechtungsrechtlichen Gläubigerschutzes: Die Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern für gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen	689
A. Der Bedarf für eine Ergänzung des anfechtungsrechtlichen Schutzes	689
B. Die Haftung der Geschäftsführer	691
I. Die allgemeine Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG	691
II. Die Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 3 GmbHG	692
III. Die Geschäftsführerhaftung nach § 64 Abs. 2 GmbHG a.F./§ 64 GmbHG n.F.	693
1. Der ungeklärte Normzweck des § 64 GmbHG n.F. und die systematische Zugehörigkeit der Haftungsregel	694
a) Meinungsstand	694
b) Stellungnahme und eigener Ansatz	698
aa) Kein schadensersatzliches Verständnis des § 64 GmbHG n.F.	698
bb) Die ignorierten Querbezüge des § 64 GmbHG n.F. zum Anfechtungsrecht	701
2. Folgerungen aus der Parallelität von § 64 GmbHG n.F. und dem Anfechtungsrecht	705
a) Der Begriff der „Zahlungen“	705
aa) Allgemeines	705
bb) Die Neubegründung von Verbindlichkeiten als „Zahlung“?	706
b) Der Umfang der Erstattungspflicht und Konkurrenzen	710
aa) Vorrang der Anfechtung oder Lösung über § 255 BGB analog?	711
(1) Meinungsstand	711
(2) Würdigung	713
bb) Vorteilsausgleichung?	716

c) Die Haftung bei solvenzbeeinträchtigenden Zahlungen (§ 64 S. 3 GmbHG n.F.)	718
d) § 64 GmbHG n.F. in der masselosen Insolvenz	720
IV. Geschäftsleiter-Disqualifizierung nach englischem Vorbild bei Verstößen gegen die §§ 129 ff. InsO?	721
C. Die Gesellschafterhaftung	723
I. Fallgruppen und Grundlagen der Gesellschafterhaftung	723
II. Die Entwicklung und Voraussetzungen der Existenz- vernichtungshaftung in der Rechtsprechung des BGH vor der <i>Trihotel</i> -Entscheidung	727
1. Vermögensvermischung und betriebsfremde Eingriffe als tatbestandliche Anknüpfungspunkte einer Durchgriffs- konzeption	727
2. Der Haftungsumfang	731
III. Der Kurswechsel durch die <i>Trihotel</i> -Entscheidung	733
IV. Die vernachlässigten Querbezüge der Existenzvernichtungs- haftung zum Anfechtungsrecht	737
V. Analyse der <i>Trihotel</i> -Lösung und eigener Ansatz	742
1. Die Vorzugswürdigkeit einer Lösung unter § 826 BGB	742
2. Die Rückkehr zu einer Außenhaftung unter § 826 BGB	746
a) Die Schwächen der Innenhaftung	746
b) Keine Exklusivität der Innenhaftung	749
3. Konkurrenz der Haftung nach § 826 BGB zum Anfechtungsrecht	751
a) Stufenverhältnis zwischen Existenzvernichtungshaftung und Anfechtungsrecht	751
b) Anwendungsbereich der Existenzvernichtungshaftung jenseits anfechtbarer Rechtshandlungen	755
D. Zusammenfassung zu § 9	757

4. Kapitel:

Grenzüberschreitender Gläubigerschutz

§ 10 Kollisions-, europa- und zuständigkeitsrechtliche Rahmenbedingungen der Insolvenzanfechtung und verwandter Regelungsinstrumente	761
A. Grundlegung	761

B. Der anfechtungsrechtliche Gläubigerschutz im Europäischen Insolvenzrecht	764
I. Anwendungsbereich der EuInsVO	765
1. Kein Erfordernis eines qualifizierten Auslandsbezugs bei der Eröffnungszuständigkeit (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO)	768
2. Die erforderliche Qualität des einfachen Auslandsbezugs, speziell bei Auslandsgesellschaften	772
3. Verbleibender Spielraum für das autonome Insolvenzverfahrensrecht	773
4. Auslandsbezug bei der Anwendbarkeit der Kollisionsregeln	775
II. Art. 3 EuInsVO als Zugangsvoraussetzung für die <i>lex fori concursus</i>	776
1. Die Grundlagen des COMI-Prinzips	776
2. Die Entwicklung des COMI-Prinzips in der Rechtsprechung	779
3. Das COMI-Prinzip zwischen <i>mind-of-management</i> , tatsächlichem Verwaltungssitz und werbender Tätigkeit	782
4. Analyse und eigene Ansicht	784
a) Die Notwendigkeit stärkerer Kriterienbildung und Typisierung	784
b) Die Zuständigkeitsfrage als „Koordinatendreieck“ verschiedener Interessen	786
c) Die Vorzugswürdigkeit einer kumulativen Berücksichtigung von tatsächlichem Verwaltungssitz und werbender Tätigkeit ..	789
d) Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz mit Evidenzvorbehalt zugunsten der werbenden Tätigkeit	792
e) Folgerungen für Konzerngestaltungen	795
5. Der Stellenwert der Vermutungsregel des Art. 3 Abs. 1 S. 2 EuInsVO	796
6. Die Gefahren des Forum Shoppings	799
a) Verlegung des COMI in der Krise	799
b) Der maßgebliche Zeitpunkt: rein gegenwartsbezogene oder auch retrospektive Ermittlung des COMI?	802
c) Aufweichung des Prioritätsprinzips durch Einschränkung der <i>ipso iure</i> -Anerkennung?	805
7. Zwischenergebnis und Folgerungen für die weitere Untersuchung	806
III. Das Kollisionsrecht der Insolvenzanfechtung (Art. 4, 13 EuInsVO)	807
1. Rahmenbedingungen des Europäischen Internationalen Insolvenzrechts	807
2. Die Grundkollisionsnorm des Art. 4 EuInsVO	808