

Stefan Schmidt

# **Die Systematik der Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung**

Ein Diskussionsvorschlag zur  
Vermeidung von Kasuistik

# **Die Systematik der Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung**

Ein Diskussionsvorschlag zur Vermeidung von Kasuistik

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

Bonn

vorgelegt von

**Stefan Schmidt**

aus Bonn

Bonn – 2018

Dekan: Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.  
Erstreferent: Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.  
Zweitreferent: Prof. Dr. Moritz Brinkmann, LL.M.

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juni 2017

*In stillem Gedenken an  
Änni Klemmer (1928 – 2011)*



## **Vorwort**

Die vorliegende Dissertation ist das Produkt meiner Arbeit, die im Frühjahr 2009 begann und – nach Unterbrechungen wegen eines Auslandsaufenthalts – im Sommer 2015 konzeptionell fertiggestellt wurde. Im Laufe der Jahre durchlief sie mehrere inhaltliche Neuausrichtungen. Auf der ursprünglichen Suche nach einem allgemeinen Leitfaden zur Lösung einer anfechtungsrechtlichen Spezialproblematik, der sogenannten mittelbaren Zuwendung, stieß ich auf grundsätzliche Lösungsansätze, die auch außerhalb dieser speziellen Konstellation fruchtbar gemacht werden können. In der Folge weitete sich mein Blick zunehmend auf das Gläubigeranfechtungsrecht als Ganzes.

Dabei habe ich auf der Grundlage meiner Erkenntnisse aus der Untersuchung mittelbarer Zuwendungen, eine alternative Perspektive für das Verständnis der Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung eingenommen, die sich von der traditionell herrschenden Sichtweise grundlegend unterscheidet. Dieses alternative Verständnis soll als Diskussionsvorschlag mit der vorliegenden Arbeit in den Rechtsdiskurs eingeführt werden.

Für die Begutachtung der Arbeit sowie für die konstruktive Kritik danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Gerhard Wagner sowie dem Zweitgutachter Prof. Dr. Moritz Brinkmann. Für das Korrekturlesen bin ich zudem meinem Vater Josef Schmidt dankbar.

Ein besonderer Dank geht schließlich an die Konrad-Adenauer-Stiftung, die mich bei der Verfassung der Arbeit mit einem Stipendium großzügig unterstützte.

Die Dissertation ist meiner stets fürsorglichen Großmutter Änni Klemmer gewidmet, die während des Ausarbeitungszeitraums leider von uns ging.

Bonn, im Juni 2018

*Stefan Schmidt*



**Inhaltsübersicht**

A.	Einleitung.....	1
I.	Das Verständnis der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht«.....	1
II.	Von mittelbaren Zuwendungen zum System der Gläubigeranfechtung.....	3
III.	Ziel des Diskussionsvorschlags.....	9
IV.	Gang der Darstellung.....	9
V.	Stand des Gesetzes, der Rechtsprechung und der Literatur.....	10
B.	Ausgangslage.....	11
I.	Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen.....	12
1)	Rechtshandlung.....	12
2)	Gläubigerbenachteiligung.....	23
3)	Zwischenfazit.....	45
II.	Gleichbehandlung der Gläubiger.....	47
1)	Bedeutung der Gleichbehandlung der Gläubiger.....	47
2)	Allgemeiner Stellenwert für das Insolvenzverfahren.....	48
3)	Stellenwert für die Insolvenzanfechtung.....	56
4)	Zwischenfazit.....	68
III.	Systematik der Anfechtungstatbestände.....	70
1)	Klassische actio pauliana und Konkurspauliana.....	70
2)	Allgemeine Anfechtung und besondere Insolvenzanfechtung.....	71
3)	Schuldnerbezogene Anfechtung und Gläubigerkonkurrenzanfechtung.....	75
4)	Zwischenfazit.....	82
IV.	Tatbestände der Gläubigeranfechtung.....	83
1)	Bedeutung der Anfechtungstatbestände.....	83
2)	Anfechtungstatbestände im Einzelnen.....	84
3)	Zwischenfazit.....	127
V.	Gesamtfazit zur Ausgangslage.....	129
1)	Die fehlende tatbestandsübergreifende Dogmatik.....	129
2)	Die Überhöhung der Gleichbehandlung der Gläubiger.....	129
3)	Die Inhaltsleere der Unbilligkeit im Schuldnerverhalten.....	130
4)	Die Tücken einer historisch geprägten Auslegung.....	130
C.	Diskussionsvorschlag.....	133
I.	Grundlagen.....	133
1)	Rückschlüsse aus den Rechtsfolgen.....	134
2)	Die tiefere Wertung hinter der Gläubigerbenachteiligung.....	147
3)	Ein Grundriss der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen.....	153
4)	Bedeutung haftungsrechtlicher Dogmatik.....	160
5)	Unterscheidung in Einzel- und Insolvenzanfechtung.....	171
II.	Einzelheiten der Anfechtungssystematik.....	175
1)	Die Ebene der Rechtshandlung.....	175
2)	Die Ebene der Gläubigerbenachteiligung.....	219
3)	Die Ebene der Anfechtungstatbestände.....	227
III.	Gesamtfazit zum Diskussionsvorschlag.....	281
1)	Die Gläubigerbenachteiligung als normativer Rechtfertigungsgrund.....	281
2)	Die Rechtshandlung als dogmatischer Unterbau.....	281
3)	Die Anfechtungstatbestände als Verkehrsschutz.....	282
D.	Zusammenfassung.....	285
I.	50 Thesen des Diskussionsvorschlags.....	285
II.	Schematische Übersicht der Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung.....	289
III.	Schematische Übersicht der Systematik der Anfechtungstatbestände.....	290
E.	Literaturverzeichnis.....	291



## Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung .....	1
I.	Das Verständnis der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht«.....	1
II.	Von mittelbaren Zuwendungen zum System der Gläubigeranfechtung.....	3
III.	Ziel des Diskussionsvorschlags.....	9
IV.	Gang der Darstellung.....	9
V.	Stand des Gesetzes, der Rechtsprechung und der Literatur.....	10
B.	Ausgangslage.....	11
I.	Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen .....	12
1)	Rechtshandlung .....	12
a)	Schutzlücke durch Verzicht auf anfechtungsspezifische Kriterien .....	13
b)	Schließung der Schutzlücke durch »wirtschaftliche Betrachtungsweise«?.....	14
c)	Unmittelbare Vermögensverkürzung als Vornahmezeitpunkt? .....	15
d)	Verständnis als Zurechnungsproblematik .....	16
aa)	»Vorgefasster Plan« des Schuldners und Schutzzweck des Anfechtungsrechts .....	17
bb)	Risikozusammenhang als Zurechnungskriterium für mittelbare Zuwendungen .....	18
cc)	Materielle Erweiterung des Begriffs der Rechtshandlung.....	19
dd)	Regelungspotential eines materiell-wertenden Begriffsverständnisses.....	20
e)	Unerheblichkeit der Person des Handelnden?.....	21
f)	Zwischenfazit .....	22
2)	Gläubigerbenachteiligung .....	23
a)	Allgemeine Grundsätze aus § 129 InsO und § 1 AnfG .....	24
aa)	Finanzieller Ausfall im Vollstreckungsverfahren.....	24
bb)	Allgemeine Ausschlussgründe einer Gläubigerbenachteiligung.....	25
cc)	Ausschluss durch gleichwertige Vermögensvorteile der Rechtshandlung.....	25
dd)	Zeitliche Distanz zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung.....	27
b)	Das Tatbestandsmerkmal der »unmittelbaren« Gläubigerbenachteiligung.....	28
aa)	Unmittelbare und »mittelbare« Gläubigerbenachteiligung als Unterfälle eines gemeinsamen Oberbegriffs?.....	29
(1)	Unterschiedlicher Betrachtungszeitpunkt.....	30
(2)	Keine unmittelbare Nachteiligkeit trotz befriedigungsuntauglicher Gegenleistung? .....	31
(a)	Fehlen der unmittelbaren Nachteiligkeit bei einem Bargeschäft?.....	31
(b)	Inkonsequenzen bei der Bewertung der Gegenleistung .....	32
(aa)	Unpfändbare Gegenstände.....	32
(bb)	Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers.....	33
(3)	»Nachträgliches Entfallen« einer unmittelbaren Nachteiligkeit? .....	33
bb)	Die unmittelbare und „mittelbare“ Benachteiligung als eigenständige Begriffe.....	34
(1)	„Mittelbare“ Benachteiligung als finanzieller Ausfall im späteren Vollstreckungsverfahren.....	35
(2)	Unmittelbare Nachteiligkeit als Nachteiligkeit der Rechtshandlung »selbst«.....	36
c)	Insbesondere Erfüllungsgeschäfte .....	37
aa)	Nachteiligkeit der unmittelbar anknüpfenden Auswirkungen.....	38
bb)	Nachteiligkeit des Erfüllungsgeschäfts »selbst« .....	39
cc)	Rechtshistorische Nachwirkungen .....	40
(1)	Nachwirkungen des § 30 Nummer 1 Fall 1 KO .....	40
(2)	Nachwirkungen der »Einheitstheorie« bei Bargeschäften.....	42
(a)	Generelles Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung? .....	43
(b)	Fehlen einer unmittelbaren Nachteiligkeit?.....	44
(c)	Loslösung von der Einheitstheorie - § 142 InsO als eigenständige Regelung.....	44
3)	Zwischenfazit .....	45
II.	Gleichbehandlung der Gläubiger.....	47
1)	Bedeutung der Gleichbehandlung der Gläubiger .....	47
2)	Allgemeiner Stellenwert für das Insolvenzverfahren .....	48
a)	Aufwertung zum normativen Grundsatz?.....	48
aa)	Ordnungsfunktion?.....	48

bb)	Ausdruck von Gerechtigkeit? .....	49
cc)	Grundregel im Verteilungsverfahren? .....	49
b)	Kritik .....	50
aa)	Keine Ordnungsfunktion .....	50
bb)	Kein Ausdruck von Gerechtigkeit .....	51
cc)	Kontrollfunktion und subsidiäre Rückfallregel im Verteilungsverfahren .....	53
c)	Zwischenfazit .....	56
3)	Stellenwert für die Insolvenzanfechtung .....	56
a)	Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung als Rechtfertigungsgrund? .....	57
b)	Gläubigergleichbehandlung als „faktische“ Wertungsgrundlage? .....	59
aa)	Inkompatibilität zwischen Gläubigergleichbehandlung und § 88 InsO .....	59
bb)	Inkompatibilität zwischen Gläubigergleichbehandlung und den §§ 129 ff. InsO .....	60
c)	Notwendigkeit zur normativen Aufspaltung des Anfechtungsrechts? .....	63
aa)	Gegensatz zwischen Gläubigergleichbehandlung und Prioritätsprinzip .....	64
bb)	Vermeidung durch Heranziehung eines einheitlichen Rechtfertigungsgrundes .....	65
(1)	Benachteiligung statt Ungleichbehandlung der Gläubiger .....	65
(2)	Grundlegender Stellenwert der Gläubigerbenachteiligung .....	66
(3)	Folgen für das Verständnis des Anfechtungsrechts .....	67
4)	Zwischenfazit .....	68
III.	Systematik der Anfechtungstatbestände .....	70
1)	Klassische actio pauliana und Konkurspauliana .....	70
2)	Allgemeine Anfechtung und besondere Insolvenzanfechtung .....	71
a)	§ 131 Absatz 1 Nummer 3 InsO als allgemeine Anfechtung? .....	72
b)	»Verfassungswidrigkeit« des § 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO? .....	72
c)	§ 132 InsO als Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung? .....	73
aa)	Die klassische Konstellation des § 132 Absatz 1 InsO .....	73
bb)	Der reformierte Anwendungsbereich des § 132 InsO – insbesondere Absatz 2 .....	74
d)	Zwischenfazit .....	75
3)	Schuldnerbezogene Anfechtung und Gläubigerkonkurrenzanfechtung .....	75
a)	§ 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG als Unterfälle der Deckungsanfechtung? .....	76
b)	Das Fehlverhalten des Schuldners als normativer Rechtfertigungsgrund? .....	77
aa)	Die Unbestimmtheit des Vorwurfs eines Fehlverhaltens .....	78
bb)	Die Ungewöhnlichkeit der Schuldnerperspektive .....	78
(1)	Der Anfechtungsgegner als Teilnehmer einer deliktischen Vermögensschädigung? .....	79
(2)	Der Korrekturbedarf im Einzelfall .....	79
cc)	Alternative des Vorwurfs einer Gläubigerbenachteiligung .....	81
4)	Zwischenfazit .....	82
IV.	Tatbestände der Gläubigeranfechtung .....	83
1)	Bedeutung der Anfechtungstatbestände .....	83
a)	Dreifache Funktionalität der Tatbestände? .....	83
b)	Reduzierung auf eine Funktion .....	84
2)	Anfechtungstatbestände im Einzelnen .....	84
a)	Vorsatzanfechtung .....	85
aa)	Bedeutung als Generalklausel .....	85
bb)	Historisch unklares Verständnis .....	86
cc)	Ausweitung auf schuldnerfremde Handlungen? .....	87
dd)	»Reservfunktion« bei mittelbaren Zuwendungen? .....	88
ee)	Eingrenzung auf »unbillige« Vermögensverschiebungen? .....	90
ff)	Flexible beweisrechtliche Lösung? .....	91
(1)	»Unbedenklicher Wille« bei Sanierungsbemühungen? .....	91
(2)	Privilegierung von Lohnzahlungen? .....	92
(a)	»Fehlendes Bewusstsein« bei Unentbehrlichkeit zur Betriebsfortführung? .....	92
(b)	»Verfassungskonforme Auslegung« zum Schutz des Existenzminimums? .....	93
(3)	»Beweisanzeichen« bei kongruenten oder inkongruenten Deckungen? .....	94

gg)	Zwischenfazit .....	95
b)	Schenkungsanfechtung.....	97
aa)	Die »Unentgeltlichkeit« als Zentralbegriff.....	97
bb)	Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung?.....	97
cc)	Maßgeblichkeit des objektiven Sachverhalts?.....	98
dd)	»Direktanfechtung« bei Tilgung der Verbindlichkeit eines insolvenzreifen Dritten?.....	99
(1)	Begründungsansatz der Rechtsprechung .....	100
(2)	Kritik .....	100
ee)	Zwischenfazit .....	103
c)	Anfechtung der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen .....	104
aa)	Historische Wurzeln im Gesellschaftsrecht.....	104
bb)	Durchsetzung der Wertungen des Gesellschaftsrechts? .....	104
cc)	Maßgeblichkeit rein anfechtungsrechtlicher Wertungen? .....	105
d)	Deckungsanfechtung .....	106
aa)	Keine analoge Anwendung bei Überschuldung des Schuldners .....	106
bb)	Objektivierung des Tatbestandes?.....	107
(1)	»Bestrafung des wachsamem Gläubigers«? .....	107
(2)	Die Zufälligkeit der besseren Informationslage .....	107
cc)	Normatives Verständnis der Inkongruenz .....	109
(1)	Verschiedene Beweisanzeichen bei Inkongruenz?.....	109
(2)	Weite Auslegung der Inkongruenz wegen Gläubigergleichbehandlung?.....	111
(3)	Interessenabwägung als Abgrenzungskriterium der Inkongruenz?.....	111
dd)	Zwischenfazit .....	112
e)	Anfechtung unmittelbar nachteiliger Handlungen .....	113
aa)	Die Rolle als Auffangtatbestand .....	113
bb)	Gespaltenes Verständnis des § 132 InsO?.....	113
cc)	Unanwendbarkeit auf Erfüllungsgeschäfte?.....	114
(1)	Vorrang der Deckungsanfechtung bei mittelbaren Zuwendungen? .....	116
(2)	Tatbestandliche Ausklammerung von Erfüllungsgeschäften?.....	117
(3)	Vorrang entsprechend der haftungsrechtlichen Zuordnung .....	117
dd)	Schutz eines gleichwertigen Leistungsaustauschs als Normzweck?.....	118
ee)	Zwischenfazit .....	119
f)	Bargeschäftsprivileg.....	121
aa)	Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldners.....	121
bb)	Verschiedene Begründungsansätze .....	121
cc)	Geringere Wahrscheinlichkeit einer Gläubigerbenachteiligung.....	122
dd)	Keine Anwendung bei inkongruenten Deckungen? .....	123
ee)	Kongruenz von Deckungsgeschäft und Parteivereinbarung? .....	124
ff)	Zeitliche Grenzen abhängig von der Person des Vorleistenden? .....	125
gg)	Teleologische Korrektur der »Gleichwertigkeit« der Gegenleistung? .....	126
3)	Zwischenfazit .....	127
V.	Gesamtfazit zur Ausgangslage .....	129
1)	Die fehlende tatbestandsunabhängige Dogmatik .....	129
2)	Die Überhöhung der Gleichbehandlung der Gläubiger .....	129
3)	Die Inhaltsleere der Unbilligkeit im Schuldnerverhalten .....	130
4)	Die Tücken einer historisch geprägten Auslegung.....	130
C.	Diskussionsvorschlag .....	133
I.	Grundlagen .....	133
1)	Rückschlüsse aus den Rechtsfolgen .....	134
a)	Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners.....	134
aa)	Sonderfall des unentgeltlichen Erwerbs .....	134
bb)	Rückschlüsse für den Regelfall des entgeltlichen Erwerbs .....	135
(1)	Bösgläubigkeit des Gegners als Schutzniveau des Regelfalls.....	135
(2)	Bösgläubigkeit als normative Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung .....	136
cc)	Zwischenfazit .....	138
b)	Annahmeverschulden des Anfechtungsgegners .....	138

aa)	Sekundäre Wertersatzpflicht bei Verschulden .....	138
bb)	Annahmekt als Verschulden .....	139
cc)	Überschießendes Verlustrisiko des Gegners .....	141
(1)	Ausnahme zugunsten der Mittelsperson einer mittelbaren Zuwendung? .....	141
(2)	Verschuldenserfordernis als Differenzierungskriterium .....	143
dd)	Regelungspotential als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal .....	144
c)	Benachteiligung der Gläubiger als Rechtfertigungsgrund .....	144
d)	Zwischenfazit .....	145
2)	Die tiefere Wertung hinter der Gläubigerbenachteiligung .....	147
a)	Zivilrechtlicher Gläubigerschutz bei erfüllungsvereitelnden Vorgängen .....	147
b)	Anfechtungsrechtlicher Gläubigerschutz bei erfüllungsvereitelnden Vorgängen .....	148
c)	»Geld muss man haben« .....	149
aa)	Rechtstheoretische Unverletzlichkeit von Geldforderungen .....	149
bb)	Schutzlücke durch Diskrepanz mit der Rechtswirklichkeit .....	150
cc)	Finanzieller Ausfall als ausreichender Grund zur Schließung der Schutzlücke .....	151
d)	Wertungsgleichlauf mit dem Zivilrecht .....	151
e)	Zwischenfazit .....	152
3)	Ein Grundriss der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen .....	153
a)	Die Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund .....	153
aa)	Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs im Vollstreckungsverfahren .....	153
bb)	Zeitliche Distanz zwischen Gläubigerbenachteiligung und Rechtshandlung .....	154
b)	Die Rechtshandlung als Eröffnung des Anwendungsbereichs .....	154
aa)	Handeln eines subjektiv Verantwortlichen .....	155
bb)	Objektive Zurechnung der Rechtswirkungen .....	155
c)	Die Tatbestände als Widerlegung der Schutzwürdigkeit des Gegners .....	156
aa)	Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung als Parallelwertung .....	156
(1)	Normative Korrektur ex ante und ex post .....	156
(a)	Umstände bei Vornahme der Rechtshandlung .....	157
(b)	Zeitablauf nach Vornahme der Rechtshandlung .....	157
(c)	Herleitung einer Generalklausel .....	158
(2)	Sonderwertungen .....	158
bb)	Annahmeverschulden als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal .....	158
d)	Zwischenfazit .....	159
4)	Bedeutung haftungsrechtlicher Dogmatik .....	160
a)	Exkurs: Anfechtungsrechtliche Theorien .....	161
aa)	Schuldrechtliche Theorie? .....	161
bb)	Haftungsrechtliche Theorie .....	162
cc)	Wertende Betrachtungsweise der Rechtsprechung? .....	162
dd)	Stellungnahme .....	163
b)	Bedeutung innerhalb des Rückgewähranspruchs .....	163
aa)	Bloßer Wertersatzanspruch bei fehlender gegenständlicher Zuordnung .....	164
bb)	Ziel der Rückversetzung in die Vermögenslage vor der Rechtshandlung .....	165
c)	Bedeutung innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung .....	166
aa)	Haftungsrechtliche Zuordnung als Voraussetzung einer Vermögensbelastung .....	167
bb)	Fehlen einer Rechtshandlung bei Konkurrenz mit vorrangiger Haftungsmasse .....	167
cc)	Vorrang entsprechend der ursprünglichen haftungsrechtlichen Zuordnung .....	168
dd)	Maßgeblichkeit des vorherigen Interventionsrechts .....	168
d)	Zwischenfazit .....	170
5)	Unterscheidung in Einzel- und Insolvenzanfechtung .....	171
a)	Gründe für eine Gläubigerbenachteiligung und die Form der Zwangsvollstreckung .....	171
aa)	Zahlungsunwillen des Schuldners – Einzelvollstreckung .....	171
bb)	Zahlungsunfähigkeit des Schuldners – Gesamtvollstreckung .....	172
b)	Einzelanfechtung als verkürzte Gläubigeranfechtung .....	172
aa)	Bloßer Wechsel der Vollstreckungsverfahren .....	172
bb)	Einschränkung der Einzelanfechtung als Folge jener der Einzelvollstreckung .....	173

c)	Zwischenfazit .....	174
II.	Einzelheiten der Anfechtungssystematik .....	175
1)	Die Ebene der Rechtshandlung .....	175
a)	Grundsatz.....	175
aa)	Belastung des Schuldnervermögens .....	176
bb)	Verhalten eines subjektiv Verantwortlichen.....	177
(1)	Ausnahmslose Verantwortung des Schuldners.....	177
(2)	Sonderfälle bei schuldnerfremden Verhalten .....	178
(a)	Verantwortung als Insolvenzgläubiger .....	178
(aa)	Verzicht auf ineffiziente Einzelvollstreckungen.....	179
(bb)	Geltung auch außerhalb der Deckungsanfechtung .....	179
(b)	Verantwortung als investierender Gesellschafter .....	180
(3)	Zwischenfazit .....	180
cc)	Objektive Zurechenbarkeit .....	181
(1)	Kausalzusammenhang .....	181
(2)	Risikozusammenhang.....	181
(a)	Höchstpersönliche Handlungen des Schuldners .....	182
(b)	Existentielle Geschäfte des Schuldners .....	182
(aa)	Schuldner als Verbraucher.....	183
(bb)	Schuldner als Unternehmen .....	184
(aaa)	Unentbehrliche Grundlagen der Betriebsfortführung .....	185
(bbb)	Vorinsolvenzliche Sanierungsmaßnahmen .....	186
(3)	Zwischenfazit .....	187
dd)	Begünstigung eines Drittvermögens.....	188
(1)	Unmittelbare Vermögensverschiebungen.....	188
(2)	Mittelbare Zuwendungen.....	188
(a)	Anfechtungsmöglichkeiten in der Insolvenz des Schuldners .....	190
(aa)	Vorrang der Anfechtung gegen den Empfänger .....	190
(aaa)	Regelmäßig keine Risikorealisierung im Zwischenerwerb .....	190
(bbb)	Regelmäßig Anfechtung entsprechend des Kausalverhältnisses .....	191
(bb)	Mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung der Mittelsperson.....	192
(aaa)	Realisierung eines mittelbarkeitsspezifischen Risikos .....	192
(bbb)	Verbleib der Zuwendung im Mittelvermögen .....	193
(ccc)	Gutgläubigkeit des Empfängers.....	193
(cc)	Zwischenfazit.....	194
(b)	Anfechtungsmöglichkeiten in der Insolvenz der Mittelsperson .....	194
(aa)	Vorrang der Anfechtung gegenüber dem Empfänger .....	194
(aaa)	Subjektive Zufälligkeit einer Drittbegünstigung des Schuldners .....	195
(bbb)	Zweipersonenverhältnis als Ausgangspunkt .....	196
(bb)	Anweisungsspezifische Ausfallhaftung des drittbegünstigten Schuldners ..	198
(aaa)	Realisierung eines anweisungsspezifischen Risikos.....	198
(bbb)	Gutgläubigkeit des Empfängers .....	199
(ccc)	Unzumutbarkeit der Annahmeverweigerung für Empfänger.....	200
(cc)	Zwischenfazit.....	200
(c)	Anfechtungsmöglichkeiten in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson .....	201
(aa)	Mittelbare Zuwendung als klassischer Anweisungsfall.....	202
(aaa)	Vorrang des Mittelvermögens bei Anspruchskonkurrenz .....	202
(bbb)	Rückabwicklung übers Eck bei anweisungsspezifischer Ausfallhaftung des Schuldners .....	204
(bb)	Mittelbare Zuwendung als zwei rechtlich getrennte Geschäfte .....	207
(aaa)	Keine Anfechtung zugunsten des Mittelvermögens bei Treuhandverhältnissen.....	208
(bbb)	Vorrang bei Anspruchskonkurrenz abhängig von der Anfechtbarkeit des Zwischenerwerbs.....	208

(ccc) Rückabwicklung übers Eck bei mittelbarkeitspezifischer Ausfallhaftung der Mittelsperson.....	209
(3) Zwischenfazit .....	211
ee) Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung.....	212
b) Sonderfälle.....	214
aa) Rechtsgeschäft (§ 132 Absatz 1 InsO) .....	214
(1) Zivilrechtliche Beständigkeit der Rechtswirkungen in § 132 Absatz 2 InsO.....	214
(2) Übertragung auf § 132 Absatz 1 – § 132 InsO als Gesamttatbestand .....	215
(a) Insbesondere Erfüllungsgeschäfte .....	216
(b) Rechtsgeschäfte ohne zivilrechtlichen Vertrauenstatbestand.....	216
bb) Vertrag (§ 133 Absatz 2 InsO) .....	217
cc) Leistung (§ 134 InsO).....	217
dd) Zwischenfazit .....	217
2) Die Ebene der Gläubigerbenachteiligung.....	219
a) Minderung der Quote .....	219
aa) Abgrenzung zur Ungleichbehandlung der Gläubiger .....	219
bb) Abgrenzung zur unmittelbaren Nachteiligkeit und zu Bargeschäften.....	221
b) Kausalzusammenhang zur Rechtshandlung .....	222
aa) Unbeständige Belastung des Schuldnervermögens .....	222
bb) Ausgleich der Belastung des Schuldnervermögens.....	223
(1) Beständigkeit des Ausgleichs .....	223
(2) Unmittelbares Anknüpfen des Ausgleichs .....	223
(3) Gleichwertigkeit des Ausgleichs .....	224
c) Zwischenfazit .....	225
3) Die Ebene der Anfechtungstatbestände.....	227
a) Grundsatz der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung.....	227
aa) Abgrenzung zum »wachsamen Gläubiger«.....	227
bb) Normative Korrektur der subjektiven Einschätzung .....	228
(1) Notwendigkeit eines normativen Korridors .....	228
(2) Korrektur ex ante nach den Umständen der Tatbestände .....	229
(a) Pessimistische Prognose .....	230
(aa) § 133 Absatz 1 Satz 1 InsO.....	230
(aaa) Teilhabe am Wissensvorsprung des Schuldners .....	230
(bbb) Einschränkungen.....	231
(bb) § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO .....	231
(aaa) Eigener Tatbestand .....	232
(bbb) »Drohen« der Zahlungsunfähigkeit.....	232
(ccc) Funktion als Generalklausel.....	233
(cc) § 131 Absatz 1 Nummer 3 InsO .....	233
(aaa) Inkongruenz der Deckung.....	234
(bbb) Umstände, die »zwingend« auf die Gläubigerbenachteiligung schließen lassen .....	235
(dd) § 133 Absatz 2 InsO.....	236
(aaa) Widerlegliche Vermutung der Bösgläubigkeit .....	236
(bbb) Mittelbare Einbeziehung von § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO .....	237
(ee) Zwischenfazit.....	237
(b) Optimistische Prognose.....	238
(aa) Problem der Nachweisbarkeit einer pessimistischen Prognose .....	238
(bb) § 132 Absätze 1 und 2 InsO .....	239
(aaa) Beständige Rechtshandlung.....	239
(bbb) Unmittelbare Nachteiligkeit .....	239
(ccc) Bevorstehen einer Verfahrenseröffnung.....	240
(cc) § 130 Absatz 1 InsO .....	241
(dd) § 131 Absatz 1 Nummern 2 InsO.....	242
(ee) § 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO .....	242

(ff)	Zwischenfazit.....	243
(c)	Kenntnis vom belasteten Vermögen bei mittelbaren Zuwendungen .....	243
(3)	Korrektur ex post durch die Fristen der Tatbestände.....	245
(a)	„Verfallsdatum“ der Bösgläubigkeit.....	245
(b)	Pessimistische Prognose.....	246
(aa)	§ 133 Absatz 1 Satz 1 InsO.....	246
(bb)	§ 133 Absatz 2 InsO.....	246
(cc)	§ 131 Absatz 1 Nummer 3 InsO .....	247
(dd)	§ 133 Absatz 1 Satz 2 InsO.....	247
(aaa)	Flexible Handhabung zwischen drei Monaten und zwei Jahren.....	248
(bbb)	Fortsetzung der Deckungsanfechtung .....	248
(c)	Optimistische Prognose .....	250
(aa)	§§ 132 Absatz 1, 130 Absatz 1, 131 Absatz 1 Nummer 2 InsO .....	250
(bb)	§ 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO.....	251
(4)	Zwischenfazit .....	252
cc)	Optionen des Anfechtungsgegners .....	253
(1)	Herbeiführung eines Bargeschäfts nach § 142 InsO .....	253
(a)	Wirtschaftliche Handlungsfähigkeit durch gesicherten Vertrauensschutz .....	253
(b)	Anwendungsbereich des § 142 InsO .....	254
(aa)	Unmittelbare Anwendung bei optimistischer Prognose .....	254
(bb)	Mittelbare Ausstrahlungswirkungen für pessimistische Prognose.....	256
(cc)	Keine Anwendung bei gesellschaftsrechtlicher Sonderwertung.....	257
(c)	Voraussetzungen.....	258
(aa)	Leistung des Schuldners .....	258
(bb)	Gegenleistung.....	258
(aaa)	Gleichwertigkeit .....	259
(bbb)	Unmittelbarkeit .....	260
(ccc)	Objektive und subjektive Gegenseitigkeit .....	262
(d)	Zwischenfazit .....	263
(2)	Annahmeverweigerung.....	263
(a)	Annahmeverschulden als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal .....	264
(aa)	Struktureller Vorrang von zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten ..	264
(bb)	Verweigerungsrechte als Feinsteuerung im Einzelfall.....	265
(b)	Mögliche Konfliktlagen mit dem Zivilrecht.....	265
(aa)	Zivilrechtliche Obliegenheit zur Mitwirkung .....	266
(bb)	Zivilrechtliche Pflicht zur Mitwirkung .....	266
(c)	Verweigerungsrechte .....	266
(aa)	Zivilrechtliche Obliegenheit zur Mitwirkung .....	267
(aaa)	Analoge Anwendung des § 297 BGB.....	267
(bbb)	Anspruchsgemäße Leistung bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ..	268
(bb)	Zivilrechtliche Pflicht zur Mitwirkung .....	269
(aaa)	Analoge Anwendung des § 321 Absatz 1 Satz 1 BGB .....	269
(bbb)	Annahme einer Leistung als Nebenpflicht.....	270
(ccc)	Schuldbefreiung aufgrund Erfüllung einer Leistungspflicht .....	270
(ddd)	Schuldbefreiung durch alternative Leistungserbringung .....	270
(eee)	Schuldbefreiung durch Direktlieferung als Mittelsperson einer mittelbaren Zuwendung .....	271
(d)	Zwischenfazit .....	272
b)	Sonderfälle.....	272
aa)	Unentgeltlicher Erwerb (§ 134 InsO) .....	272
(1)	Fehlender Vertrauensschutz bei zivilrechtlicher Schwäche des Erwerbs.....	273
(a)	Schenkung .....	274
(aa)	Gebräuchliche Geschenke geringen Wertes (§ 134 Absatz 2 InsO).....	274
(bb)	Kein Annahmeverschulden und kein Verlustrisiko.....	275
(b)	Rechtsgrundloser Erwerb .....	275
(2)	Anfechtungsfrist zum Schutze des Rechtsfriedens.....	276

bb)	Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO).....	277
(1)	Kein Verkehrsschutz bei fehlendem Verkehrsgeschäft.....	277
(a)	Maßstab der Beteiligung des Gesellschafters .....	277
(b)	Besondere Verantwortung des darlehensgebenden Gesellschafters.....	278
(2)	Anfechtungsfristen gemäß der Fortwirkung der Verantwortung.....	279
c)	Zwischenfazit .....	279
III.	Gesamtfazit zum Diskussionsvorschlag .....	281
1)	Die Gläubigerbenachteiligung als normativer Rechtfertigungsgrund .....	281
2)	Die Rechtshandlung als dogmatischer Unterbau.....	281
3)	Die Anfechtungstatbestände als Verkehrsschutz.....	282
D.	Zusammenfassung .....	285
I.	50 Thesen des Diskussionsvorschlags.....	285
II.	Schematische Übersicht der Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung .....	289
III.	Schematische Übersicht der Systematik der Anfechtungstatbestände am Beispiel der Insolvenzanfechtung.....	290
E.	Literaturverzeichnis.....	291





## A. Einleitung

Die Gläubigeranfechtung stellt eines der wichtigsten Instrumente des Gläubigerschutzes dar.<sup>1</sup> Mit ihrer Hilfe werden die Befriedigungsaussichten der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren gegen den Schuldner gestärkt. Denn unter den Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung können die Gläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen nicht nur auf die aktuellen, sondern auch auf frühere Vermögenswerte des Schuldners zugreifen, welche sich aufgrund einer Vermögensverschiebung zum Zeitpunkt der Vollstreckung in einem Drittvermögen befinden.<sup>2</sup> Ist diese Vermögensverschiebung gegenüber dem Inhaber des Drittvermögens anfechtbar, hat dieser – als Anfechtungsgegner – die verschobenen Vermögenswerte zugunsten der Gläubiger zurückzugewähren, respektive zu deren Befriedigung zur Verfügung zu stellen.<sup>3</sup>

Während die Gläubigeranfechtung somit den Befriedigungsinteressen der Gläubiger höchste Geltung verschafft, führt sie allerdings auf ihrer Kehrseite zu erheblichen Beeinträchtigungen sowohl der Bestandsinteressen des Anfechtungsgegners, als auch der Freiheit des Schuldners, über sein Vermögen nach Belieben zu verfügen.<sup>4</sup> Angesichts dieses Interessenkonflikts wird über die Voraussetzungen, unter denen eine Gläubigeranfechtung zulässig sein soll, in der Diskussion zwischen Rechtswissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung seit jeher gerungen. Obwohl es sich dabei eigentlich um ein altgedientes Rechtsinstitut mit römischrechtlichem Ursprung handelt,<sup>5</sup> ist die Debatte über die Anfechtungsvoraussetzungen auch heute noch weit von einem Abschluss entfernt. So wurden erst 2015 in einem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums »punktuelle Neujustierungen« vorgeschlagen,<sup>6</sup> die nach längerer Diskussion schließlich in einem am 5. April 2017 in Kraft getretenen kleineren Reformgesetz<sup>7</sup> mündeten und insbesondere die Interessen der Gläubiger mit jenen des Anfechtungsgegners zu einem »angemessenen Ausgleich«<sup>8</sup> bringen sollten.

## I. Das Verständnis der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht«

Dieser Interessenausgleich wird auf den ersten Blick im Gesetz nicht mit einer Generalklausel, sondern nur fallbezogen geregelt.<sup>9</sup> So teilen sich die gesetzlichen Vorschriften der Gläubigeranfechtung zunächst in zwei Blöcke auf, nämlich in die Insolvenzanfechtung gemäß §§ 129 ff. InsO, welche im Falle eines Insolvenzverfahrens über das Schuldnervermögen einschlägig ist, sowie die sogenannte Einzelanfechtung gemäß §§ 1 ff. AnfG,<sup>10</sup> welche wiederum für Vollstreckungen außerhalb der Insolvenz ihre Anwendung findet. Innerhalb dieser beiden Regelungsblöcke hat der Gesetzgeber unterschiedliche Anfechtungstatbestände normiert, welche die möglichen Fallkonstellationen festlegen, in welchen eine Vermögensverschiebung anfechtbar sein kann. Allein die Insolvenzanfechtung beinhaltet insofern mit den §§ 130 bis 136 InsO gleich sieben Tatbestände, die sich wiederum in verschiedene Unterfälle aufteilen.

<sup>1</sup> G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 314.

<sup>2</sup> G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 299.

<sup>3</sup> So der Wortlaut der § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO und § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG.

<sup>4</sup> G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 314 f.

<sup>5</sup> Historisch hat sich das heutige Anfechtungsrecht aus der römischrechtlichen »actio pauliana« entwickelt. Vgl. nur Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 46; G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 280; Thole, ZZP 121 (2008), 67, 71.

<sup>6</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 16.3.2015, S. 1.

<sup>7</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017, Teil I Nr. 16.

<sup>8</sup> Referentenentwurf (Fn. 6), aaO.

<sup>9</sup> Vgl. Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 6, nach dem der Gesetzgeber »bewusst keine generalklauselartigen Anfechtungstatbestände normiert« habe.

<sup>10</sup> Der Begriff der Einzelanfechtung hat sich für die Anfechtung nach dem AnfG etabliert, vgl. nur Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 31 mwN. In diesem Sinne soll er im Rahmen der Arbeit Verwendung finden.

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass diese Anfechtungstatbestände als »selbständige Anfechtungsgründe« zu verstehen seien,<sup>11</sup> die wiederum das Ergebnis einer vom Gesetzgeber in der jeweiligen Situation vorgenommenen Abwägung der berechtigten Interessen aller Beteiligten darstellten.<sup>12</sup> Von welchen Erwägungen sich der Gesetzgeber dabei im Einzelnen genau hat leiten lassen, ist in der Diskussion jedoch nicht abschließend geklärt. Insofern weist etwa *Hirte* darauf hin, dass sich die maßgeblichen Differenzierungskriterien in den Tatbeständen »nicht auf den ersten Blick« erschließen würden,<sup>13</sup> während *Thole* anmerkt, dass sich nicht alle Anfechtungstatbestände »vollständig in ihre zugrundeliegenden Fairness- und Billigkeitserwägungen auflösen« ließen.<sup>14</sup> Trotz – oder gerade wegen – dieser normativen Unklarheiten, wird überwiegend davon ausgegangen, dass die Tatbestände wertungsmäßig keine gemeinsame Basis hätten.<sup>15</sup> Stattdessen sollen ihnen jeweils verschiedene Schutzrichtungen zukommen,<sup>16</sup> die auch bei Anwendung der übrigen Anfechtungstatbestände im Sinne eines »Stufenverhältnisses« oder »Abstandsgebotes« zu beachten seien und folglich nicht unterlaufen werden dürften.<sup>17</sup>

Aufgrund dieser Gemengelage von selbständigen Anfechtungsgründen, deren normative Herkunft nicht vollständig entschlüsselt ist, fehlt es jedoch an einem übergreifenden anfechtungsrechtlichen Leitgedanken. Es wundert daher nicht, dass in der Literatur zumindest »praktische Schwierigkeiten« hinsichtlich der Einordnung der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen in ein abgestimmtes Gesamtsystem festgestellt werden.<sup>18</sup> Denn mangelt es an einem allgemeinen Grundsatz, welcher den Anfechtungstatbeständen eine gemeinsame Orientierung vorgeben könnte, entsteht stattdessen ein schwer durchschaubares Dickicht von ungeklärten Wertungen, in dem Lösungsfindungen oftmals auf den jeweiligen Einzelfall geschoben werden müssen.<sup>19</sup> In der Folge stellt die Gläubigeranfechtung nach dem herrschenden Verständnis ein »typisches Fallrecht« dar,<sup>20</sup> in welchem sich »schematische Lösungen« verbieten.<sup>21</sup> Statt der Anwendung eines systematischen Lösungsschemas ist vielmehr die Tendenz zu erkennen, dass insbesondere vom BGH zur Ergebnisbegründung in gesetzlich nicht eindeutig geregelten Zweifelsfällen auf eine einzelfallabhängige Interessenabwägung zurückgegriffen oder sich eine solche zumindest vorbehalten wird.<sup>22</sup>

Während das Anfechtungsrecht demnach also von einer weitgehend kasuistischen Vorgehensweise geprägt ist, hat dies in der Rechtspraxis zur unausweichlichen Konsequenz, dass

---

<sup>11</sup> BGH, NJW 1972, 870, 871; NJW-RR 2010, 477 Rn. 11; MüKo/Kirchhof, InsO, Vor § 129 Rn. 94; Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 14; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.17; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 314.

<sup>12</sup> BGH, NZI 1999, 152, 153; MüKo/Kirchhof, InsO, vor § 129 Rn. 4; *Bork*, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 1 Rn. 2; Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg, Insolvenzrecht, J Rn. 75; *C. Paulus*, FS Fischer (2008), 445, 450 f.; Vgl. ebenso Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, vor § 129 Rn. 9.

<sup>13</sup> Uhlenbruck/*Hirte*, InsO (13. Aufl. 2010), Vor § 129 Rn 11.

<sup>14</sup> So *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 76, für die – von ihm so bezeichneten – schuldnerbezogenen Tatbestände.

<sup>15</sup> *Foerste*, NZI 2006, 6, 7; ebenso *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185, 189.

<sup>16</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.01 und 21.17; *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 5. Vgl. auch *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 83.

<sup>17</sup> *Fischer*, NZI 2008, 588, 594; *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 604; *Thole*, ZIP 2013, 2081, 2082; vgl. auch Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 14.

<sup>18</sup> So insbesondere *Thole*, Gläubigerschutz, S. 316.

<sup>19</sup> Vgl. *Thole*, aaO; *ders.*, ZZZ 121 (2008), 67, 84, der darauf hinweist, dass die Einpassung der Tatbestandsvoraussetzungen in ein Gesamtsystem »jeweils im Einzelfall aufgelöst werden« müsse.

<sup>20</sup> So für die Insolvenzanfechtung *Thole*, Gläubigerschutz, S. 484 f. und 520.

<sup>21</sup> So ebenfalls für die Insolvenzanfechtung Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.03.

<sup>22</sup> Vgl. etwa hinsichtlich der Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckungen, BGH, NJW 2008, 430 Rn. 25, oder hinsichtlich der Anfechtung im Dreipersonenverhältnis, BGH, NJW-RR 2004, 983, 984; NJW-RR 2013, 163 Rn. 12.

über die Möglichkeiten einer Gläubigeranfechtung eine beträchtliche Unsicherheit herrscht.<sup>23</sup> Diese Rechtsunsicherheit ist gefährlich, denn sie begründet für den Rechtsverkehr ein unkalkulierbares Risiko und hat infolgedessen in den letzten Jahren auch zu deutlichen Protesten von verschiedenen Wirtschaftsverbänden geführt.<sup>24</sup> Gerade als Reaktion auf diese Kritik sollte deshalb durch die jüngsten Gesetzesänderungen die Anfechtbarkeit von besonders praxisrelevanten Konstellationen gesetzlich weiter konkretisiert und zumindest insoweit mehr Rechtsicherheit zugunsten des Rechtsverkehrs geschaffen werden.<sup>25</sup> Eine Überwindung des grundsätzlichen Problems einer einzelfallbezogenen Handhabung der Anfechtungsvoraussetzungen wurde durch die Gesetzesänderungen jedoch nicht erreicht.<sup>26</sup>

Dabei werden die Schwierigkeiten in der Bestimmung der Anfechtungsvoraussetzungen noch einmal potenziert, wenn die Vermögensverschiebung nicht nur im reinen Zweipersonenverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Empfänger erfolgt, sondern über eine zwischengeschaltete Mittelsperson im Wege einer sogenannten »mittelbaren Zuwendung«.<sup>27</sup> Denn bei mittelbaren Zuwendungen entsteht durch die Einbeziehung der Mittelsperson ein Dreipersonenverhältnis, auf das die Anfechtungstatbestände vom Gesetzgeber einerseits nicht direkt zugeschnitten wurden, während sich andererseits allerdings die denkbaren Anfechtungsmöglichkeiten aufgrund des Hinzutretens des Mittelsvermögens noch vervielfachen.<sup>28</sup> In der Folge ist gerade im Dreipersonenverhältnis eine überbordende Kasuistik der Rechtsprechung zu beobachten, die *Bork* zu seiner mittlerweile mehrfach zitierten Kritik veranlasst hat, wonach die Rechtsmaterie insofern »nur noch schwer nachvollziehbar, jedenfalls hochkomplex und für den normalen Insolvenzverwalter nur noch mit äußerster Anstrengung handhabbar« sei.<sup>29</sup>

## II. Von mittelbaren Zuwendungen zum System der Gläubigeranfechtung

Wie einige jüngere Arbeiten zuvor,<sup>30</sup> hatte sich ursprünglich auch die vorliegende Arbeit zum Ziel gesetzt, diesem Missstand zu begegnen und im Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung für die denkbaren Anfechtungsmöglichkeiten einen allgemeinen Leitfaden zu entwickeln. Stein des Anstoßes war die in der Rechtsprechung des BGH wie auch in der Literatur stellenweise formulierte These, dass für das Anfechtungsrecht im Mehrpersonenverhältnis »die bereicherungsrechtlichen Grundsätze entsprechend gelten«.<sup>31</sup> Ein solcher Rückgriff

<sup>23</sup> Kritisch etwa *Paschen*, ZInsO 2014, 2485, 2486; *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1048. Vgl. auch *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, vor § 129 Rn. 9, die darauf hinweisen, dass die Rechtsprechung des BGH dazu geführt habe, »dass eine „anfechtungssichere“ Rechtsgestaltung im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens nur schwer möglich ist«

<sup>24</sup> So haben die Wirtschaftsverbände am 8. Juli 2014 eine gemeinsame Erklärung abgegeben, siehe unter [http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht\\_und\\_Wettbewerb/Gemeinsame\\_Erklaerung\\_der\\_Verbaende\\_\\_11\\_Logos\\_\\_08.07.2014\\_.pdf](http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht_und_Wettbewerb/Gemeinsame_Erklaerung_der_Verbaende__11_Logos__08.07.2014_.pdf).

<sup>25</sup> Vgl. Referentenentwurf (Fn. 6), S. 10.

<sup>26</sup> Weil zum Zeitpunkt der Fertigstellung der vorliegenden Arbeit im Sommer 2015 noch nicht absehbar war, ob die vorgeschlagenen Änderungen umgesetzt würden, wurde auf deren Erörterung im Einzelnen verzichtet.

<sup>27</sup> Der Begriff der »mittelbaren Zuwendung« ist dem Gesetzestext unbekannt und eine Schöpfung der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Nach hiesigen Erkenntnissen wurde der Begriff erstmals 1905 von *Jaeger* in seinem Kommentar zum AnfG verwendet, wo er die Fallgruppe alternativ auch noch als »Zuwendungen auf Schleichwegen« bezeichnet; siehe *Jaeger*, Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses (1. Aufl. 1905), § 1 Anm. 40.

<sup>28</sup> *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 9.

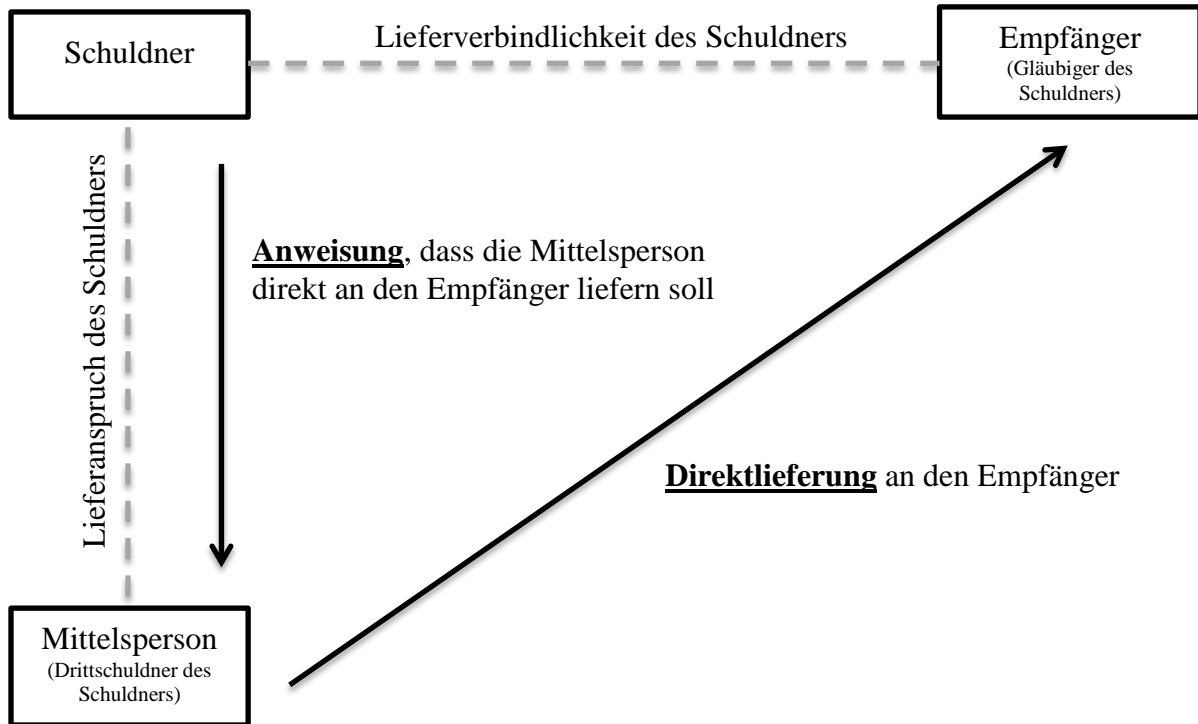
<sup>29</sup> *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1048.

<sup>30</sup> Vgl. beispielsweise die jüngeren Dissertationen von *Buchard*, Dreieck (2009), *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse (2012) und *Röttger*, Anweisungsleistungen (2013), die sich allesamt mit der Insolvenzanfechtung im Dreipersonenverhältnis beschäftigen.

<sup>31</sup> BGH, NJW 2008, 63 Rn. 44; NJW-RR 2004, 983, 984; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 263; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 351, 433; *Kayser*, WM 2007, 1, 2; *Lüke*, ZIP 2001, 1, 7 f.; *Wilk*, NZI 2008, 407, 411. Vgl. auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 18; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 259; *Marotzke*, ZInsO 2007, 897, 904.

auf das Bereicherungsrecht erscheint angesichts der dogmatischen Unklarheiten im Anfechtungsrecht zunächst als verlockender Ausweg und ist für mittelbare Zuwendungen auf den ersten Blick erwägenswert. Denn die praxistypischen Konstellationen der mittelbaren Zuwendung sind jene, die im Bereicherungsrecht als sogenannte Anweisungsfälle bereits bekannt sind.<sup>32</sup>

*Beispiel:*

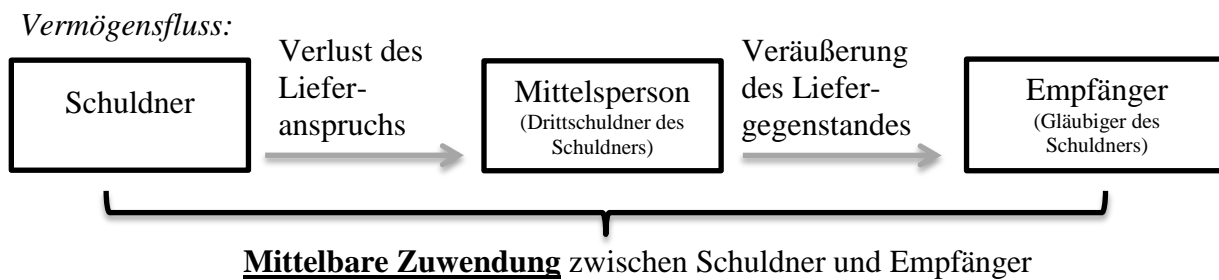


*Erläuterung: Der Schuldner ist dem Empfänger zur Lieferung verpflichtet, hat selbst jedoch einen Lieferanspruch gegen die Mittelsperson. Aus Vereinfachungsgründen weist der Schuldner deshalb die Mittelsperson gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB an, statt an ihn, direkt an den Empfänger zu liefern. Die Mittelsperson kommt der Anweisung des Schuldners nach.*

Während hier die Direktlieferung an den Empfänger äußerlich nur aus dem Mittelsvermögen erfolgt, verringert sich rechtlich allerdings zugleich auch das Vermögen des Schuldners, indem dieser gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB seinen Lieferanspruch gegen die Mittelsperson verliert. Da der Gegenwert dieses verlorenen Anspruchs in Form der Direktlieferung wiederum dem Empfänger zugutekommt, findet wirtschaftlich gesehen also ein Vermögensfluss zwischen dem Schuldner und dem Empfänger statt, zu dessen Durchführung das Vermögen der Mittelsperson letztlich nur zwischengeschaltet wird. Anfechtungsrechtlich nennt man diesen Vermögensfluss eine mittelbare Zuwendung des Schuldners an den Empfänger. Während diese Zuwendung äußerlich durch »eine einheitliche Handlung« der Mittelsperson ausgeführt wird,<sup>33</sup> lässt sie sich rechtstechnisch hingegen in zwei Vermögensvorgänge aufspalten: nämlich in den Anspruchsverlust (zwischen Schuldner und Mittelsperson) einerseits und der tatsächlichen Lieferung (zwischen Mittelsperson und Empfänger) andererseits.

<sup>32</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2008, 655 Rn. 25; NJW 2008, 1067 Rn. 14; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, § 145 Anh. I Rn. 8; Uhlenbruck/Hirte/Ede, aaO; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 13; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 29; Thole, Gläubigerschutz, S. 351.

<sup>33</sup> BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 14; NJW 2008, 655 Rn. 25; NJW 1999, 3636; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 30; HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 129 Rn. 31; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 266, 268.



Kommt es nach dieser Vermögensverschiebung zu einem Vollstreckungsverfahren gegen den Schuldner, stellt sich die Frage, ob die Vermögensverschiebung gegen die Mittelsperson oder gegen den Empfänger angefochten werden kann. Theoretisch möglich wäre beides, denn aus dem Schuldnervermögen etwas erhalten haben sowohl die Mittelsperson (Befreiung von einer Verbindlichkeit) als auch der Empfänger (Gegenwert des verlorenen Anspruchs in Form der Lieferung). Sind deshalb auch beide potentielle Anfechtungsgegner? Und wenn ja, könnte gegen beide zugleich angefochten werden oder bestünde zwischen ihnen ein Vorrangverhältnis?

Das allgemeine Billigkeitsempfinden scheint einem in solchen Konstellationen vorzugeben, dass eine Anfechtungsmöglichkeit grundsätzlich allein gegen den Empfänger bestehen sollte. Denn einerseits hat die Mittelsperson im Ergebnis keinen Vorteil behalten, weil sie für die Befreiung von ihrer Verbindlichkeit eine gleichwertige Gegenleistung in Form der Lieferung an den Empfänger erbringen musste.<sup>34</sup> Andererseits fungierte sie dabei im mittelbaren Zuwendungsverhältnis zwischen Schuldner und Empfänger lediglich als ein austauschbares „Werkzeug“ beziehungsweise als eine bloße »Zahlstelle« des Schuldners.<sup>35</sup> Gerade aufgrund dieser nur untergeordneten Rolle der Mittelsperson wäre es schließlich eine ungerechtfertigte Besserstellung der anfechtenden Gläubiger, wenn ihnen schon allein wegen der Einschaltung einer Mittelsperson ein zusätzlicher Anfechtungsgegner zur Verfügung stünde. Es ist daher im Ausgangspunkt allgemeine Ansicht, dass eine Anfechtungsmöglichkeit gegenüber der Mittelsperson grundsätzlich nicht besteht. Vielmehr soll eine mittelbare Zuwendung so behandelt werden, »als ob« der Schuldner unmittelbar an den Empfänger geleistet hätte.<sup>36</sup> Doch wie und wo lässt sich diese Einsicht rechtsdogmatisch verankern? Und sind von diesem Grundsatz auch Ausnahmen möglich? Und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Weil die Anfechtungstatbestände auf diese drängenden Fragen eines Mehrpersonenverhältnisses nicht zugeschnitten sind, können sie die Antworten hierauf auch nicht – zumindest nicht ohne Weiteres – liefern. Begibt man sich deshalb auf die Suche nach alternativen Lösungswegen, erscheint eine Parallele zum Bereicherungsrecht zunächst als bedenkenswert. Denn im obigen Beispiel des klassischen Anweisungsfalls fällt sofort ins Auge, dass zwischen Schuldner und Empfänger eine Verbindlichkeit bestand, die der Schuldner durch die mittelbare Zuwendung an den Empfänger erfüllen wollte. Dieser vom Schuldner verfolgte Zweck, das heißt die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Empfänger, hat allerdings zur Folge, dass im mittelbaren Zuwendungsverhältnis zugleich ein bereicherungsrechtliches Leistungsverhältnis besteht. Aufgrund dieses Zusammentreffens von mittelbarem Zuwendungs- und bereicherungsrechtlichem Leistungsverhältnis, scheint es prima facie nahezuliegen, zur Begründung einer vorrangigen Anfechtung gegen den Empfänger auf die Grundsätze des Bereicherungsrechts zurückzugreifen.

<sup>34</sup> Vgl. MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 7; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 293.

<sup>35</sup> BGH, NJW 2012, 1959 Rn. 21; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 49 f. Vgl. auch Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 292, die von der Mittelsperson als bloßes »Instrument des Zahlungsvorgangs« sprechen.

<sup>36</sup> BGH, NJW 2012, 1959 Rn. 9; Braun/de Bra, InsO, § 129 Rn. 19; HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 129 Rn. 29; HK/Kreft, InsO, § 129 Rn. 28; Huber, AnfG, § 1 Rn. 20; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 265.

Sind an einer Vermögensverschiebung mehrere Personen beteiligt, entspricht es im Bereicherungsrecht ganz herrschender Meinung, dass eine Rückabwicklung vorrangig innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses zu erfolgen hat.<sup>37</sup> Ob zwischen den beteiligten Personen ein solches Leistungsverhältnis besteht, richtet sich wiederum danach, ob der Handelnde gegenüber dem Begünstigten einen eigenen Leistungszweck verfolgte.<sup>38</sup> Dieser Leistungszweck wird im Bereicherungsrecht in der Erfüllung einer Verbindlichkeit gesehen, so dass das vorrangige Leistungsverhältnis letztlich entsprechend des Kausalverhältnisses bestimmt wird, innerhalb welchem die zu erfüllende Verbindlichkeit des Handelnden (vermeintlich) bestand.<sup>39</sup>

Gemessen an diesen Grundsätzen wäre im obigen Beispiel im Verhältnis zwischen Schuldner und Empfänger also ein vorrangiges Leistungsverhältnis anzunehmen, weil gegenüber dem Empfänger die Verbindlichkeit bestand, die der Schuldner erfüllen wollte. Dem entspricht es, dass der BGH diesen Lösungsweg in einigen Entscheidungen auch im Anfechtungsrecht entsprechend angewandt hat, um für mittelbare Zuwendungen zu dem Ergebnis zu gelangen, dass Anfechtungsmöglichkeiten grundsätzlich nur gegenüber dem Empfänger, nicht aber auch gegenüber der Mittelsperson bestehen.<sup>40</sup>

Tatsächlich ist diese Parallele zwischen Bereicherungs- und Anfechtungsrecht jedoch auf die klassischen Anweisungsfälle beschränkt und insofern rein zufällig. Als allgemeiner Leitfaden für die Anfechtungsmöglichkeiten bei mittelbaren Zuwendungen ist ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht hingegen nicht geeignet. Denn die Parallele zum Bereicherungsrecht besteht spätestens dann nicht mehr, wenn sich die mittelbare Zuwendung außerhalb von bereicherungsrechtlichen Leistungsverhältnissen vollzieht.

Ein solcher Fall kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Schuldner gegenüber dem Empfänger bereicherungsrechtlich keinen eigenen Leistungszweck verfolgt, weil er ihm gegenüber weder zur Leistung verpflichtet ist, noch eine solche Verpflichtung irrtümlich annimmt. Stattdessen ist es nämlich denkbar, dass der Schuldner schuldrechtlich allein der Mittelsperson gegenüber verpflichtet ist, allerdings über deren Zwischenschaltung im Endergebnis gleichwohl den Empfänger begünstigen will. Auch wenn es sich hierbei nicht um den rechtspraktischen Regelfall handelt, können auch solche Konstellationen eine mittelbare Zuwendung zwischen Schuldner und Empfänger darstellen. Denn der anfechtungsrechtliche Begriff der mittelbaren Zuwendung ist vom Vorliegen eines (vermeintlichen) Kausal- oder Schuldverhältnisses unabhängig.<sup>41</sup> Vielmehr ist seit jeher anerkannt, dass es für eine mittelbare Zuwendung an den Empfänger bereits ausreicht, dass der Wille des Schuldners »von Anfang an darauf gerichtet ist, aus seinem Vermögen den Leistungsgegenstand auf dem Umweg über die Mittelsperson im Endergebnis dem Anfechtungsgegner zuzuwenden.«<sup>42</sup> Für das Vorliegen einer mittelbaren Zuwendung ist somit lediglich erforderlich, dass der Schuldner aufgrund eines »vorgefassten Plans«<sup>43</sup> die mittelbare Begünstigung des Empfängers »von Anfang an gewollt« hat.<sup>44</sup>

Dieses Kriterium eines vorgefassten und auf die Begünstigung des Empfängers gerichteten »Plans«, ist in den klassischen Anweisungsfällen durch die Anweisung des Schuldners natur-

---

<sup>37</sup> Siehe nur BGH, NJW 1999, 2890, 2891; Palandt/*Sprau*, BGB, § 812 Rn. 54 mwN.

<sup>38</sup> Siehe nur Palandt/*Sprau*, BGB, § 812 Rn. 14.

<sup>39</sup> Palandt/*Sprau*, aaO.

<sup>40</sup> So insbesondere in BGH, NJW 2008, 63 Rn. 44. Vgl. auch für den Fall der Anfechtung in der Insolvenz der Mittelsperson BGH, NJW-RR 2004, 983, 984.

<sup>41</sup> Vgl. *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 71.

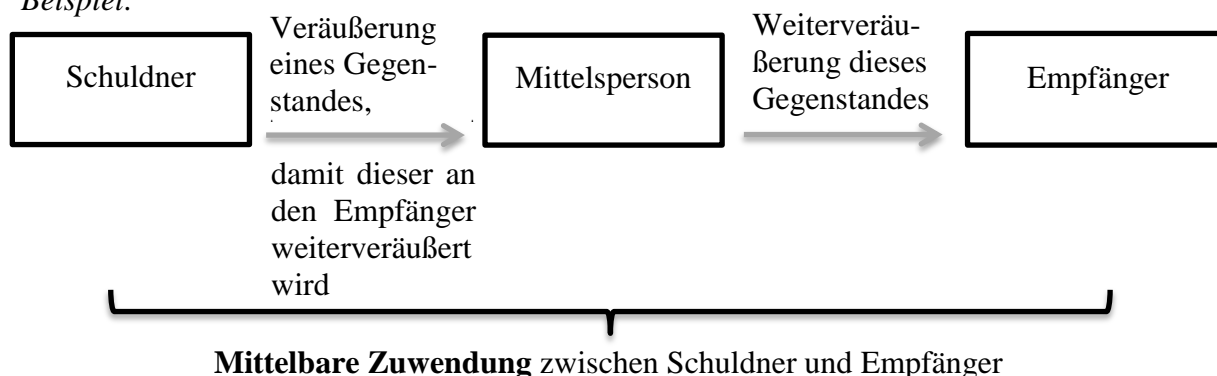
<sup>42</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835. Vgl. auch BGH, NZI 2009, 381 Rn. 8.

<sup>43</sup> BGH, NZI 2009, 381 Rn. 8; MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 65; Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 267.

<sup>44</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835; MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 68; *Huber*, AnfG, § 1 Rn. 20; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 17. Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, aaO.

gemäß stets miterfüllt. Denn gerade um den Empfänger zu begünstigen, hat der Schuldner die Anweisung schließlich erteilt. Weil dieser anfängliche Wille des Schuldners allerdings bereits ausreicht, sind nicht nur die klassischen Anweisungsfälle als mittelbare Zuwendung erfasst. Vielmehr können auch jene Vermögensvorgänge eine mittelbare Zuwendung darstellen, in denen der Schuldner seine Vermögenswerte schlicht im Stile einer Kettenveräußerung an den Empfänger verschiebt, indem er »von Anfang an gewollt« die Mittelsperson in der Weise einschaltet, dass sich formal betrachtet »zwei rechtlich getrennte Geschäfte« ergeben.<sup>45</sup>

*Beispiel:*



*Erläuterung:* Der Schuldner veräußert an die Mittelsperson einen Vermögensgegenstand von Anfang an mit der Bitte, diesen an den Empfänger anschließend weiter zu veräußern. Die Mittelsperson kommt der Bitte des Schuldners nach.

Obwohl hier zwischen dem Schuldner und dem Empfänger keine Verbindlichkeit besteht und eine solche auch nicht irrtümlich angenommen wird, handelt es sich anfechtungsrechtlich ebenso um einen Fall der mittelbaren Zuwendung zwischen Schuldner und Empfänger.<sup>46</sup> Auch in dieser Konstellation soll deshalb eine Anfechtung gegen den Empfänger vorrangig sein gegenüber einer Anfechtung gegen die Mittelsperson.<sup>47</sup> Aus einer bereicherungsrechtlichen Warte gesehen, muss dieses Ergebnis jedoch verwundern. Denn bei einer bloßen Kettenveräußerung liegt mangels einer schuldrechtlichen oder äußerlichen Verbindung zum Empfänger – rein formal betrachtet – nur eine einfache Rechtsnachfolge vor. Bei bloßen Rechtsnachfolgen führen die Grundsätze des Bereicherungsrechts jedoch zu dem genau gegenteiligen Ergebnis, so dass nicht im mittelbaren Empfänger, sondern in der zwischengeschalteten Mittelsperson der primäre Rückabwicklungsschuldner zu erkennen wäre.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835; NJW 1980, 1795; NJW 1962, 2297, 2298; *Huber*, aaO; *Hamb-Komm/Rogge/Leptien*, InsO, § 129 Rn. 30; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 17. Dabei möchte *MüKo/Kayser*, InsO, § 129 Rn. 53, 68 ff. den Begriff der mittelbaren Zuwendung sogar auf diese Konstellationen einengen, während sie von *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 266 insofern unterscheidend als »„echte“ mittelbare Zuwendung« bezeichnet werden. Eine solche Eingrenzung entspricht allerdings weder dem rechtspraktischen Begriffsverständnis noch seinem rechtshistorischen Ursprung. Als Schöpfer des Begriffs der mittelbaren Zuwendung hat vielmehr bereits *Jaeger*, Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses (1. Aufl. 1905), § 1 Anm. 40, diesen umfassend für die Bezeichnung von Konstellationen verwendet, in denen ein »Dritte[r] zwar nicht im Namen – also nicht in „Vertretung“ – des Schuldners, aber doch auf dessen Weisung geleistet« habe.

<sup>46</sup> So bereits *Jaeger*, aaO, wonach eine mittelbare Zuwendung auch in der Weiterveräußerung von Vermögenswerten liegen könne, wenn der Dritte »zu diesem Behufe die Mittel vo[m] [Schuldner] erhalten« hat. Zu unterscheiden ist diese Form der mittelbaren Zuwendung jedoch von der Leistungskette, bei der mehrere Gläubiger hintereinander geschaltet sind, vgl. BGH, NZI 2009, 381 Rn. 9 und 11.

<sup>47</sup> BGH, NJW 1996, 2231, 2233; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 17.

<sup>48</sup> Vgl. nur *MüKo/Schwab*, BGB, § 812 Rn. 52 ff.; *Jauernig/Stadler*, BGB, § 812 Rn. 28 f. Eine Ausnahme besteht lediglich für die Konstellation des § 822 BGB.



Wenn hier folglich auf eine bereicherungsrechtliche Parallele zur Begründung der Anfechtungsmöglichkeiten nicht mehr zurückgegriffen werden kann, wird jedoch bereits auf den zweiten Blick ersichtlich, dass diese Parallele als übergreifender Lösungsansatz für mittelbare Zuwendungen tatsächlich ausscheiden muss.<sup>49</sup> Vielmehr wurde von *Brinkmann* zu Recht betont, dass es auf die Kriterien des Bereicherungsrechts für die Ermittlung der Anfechtungsmöglichkeiten nicht ankommen kann, sondern dass stattdessen die spezifisch anfechtungsrechtlichen Wertungen in den Blick genommen werden müssen.<sup>50</sup>

Um die insofern maßgeblichen Wertungen zu ermitteln, erzwingt die Problematik der mittelbaren Zuwendung jedoch eine ganz grundlegende Herangehensweise. Denn bevor sich etwa der Frage gewidmet werden kann, wann und warum bei mittelbaren Zuwendungen eine Anfechtung gegen den Empfänger vorrangig sein soll, ist es unabdingbar, dass Klarheit darüber besteht, aufgrund welcher anfechtungsrechtlichen Wertung eine mittelbare Zuwendung überhaupt *vorliegt*. Denn wie die beiden vorgenannten Beispielfälle gezeigt haben, führt die Zwischenschaltung der Mittelsperson stets dazu, dass der wirtschaftliche Vermögensfluss rechtstechnisch in zwei Vermögensvorgänge aufgespalten wird. Das Vorliegen einer mittelbaren Zuwendung setzt deshalb immer voraus, dass diese beiden Vorgänge zu einem einheitlichen Gesamtvorgang anfechtungsrechtlich verbunden werden können. Erst wenn klar ist, aufgrund welcher Wertung eine solche Verbindung eigentlich erfolgt, damit der mittelbare Empfänger als Anfechtungsgegner überhaupt denkbar ist, kann umgekehrt auch beurteilt werden, wann eine solche Verbindung wiederum *nicht* erfolgt, so dass ausnahmsweise nicht der mittelbare Empfänger, sondern die Mittelsperson den maßgeblichen Anfechtungsgegner bildet.

In diesem Sinne gilt es als Ausgangspunkt für die Ausarbeitung eines allgemeinen Leitfadens für mittelbare Zuwendungen also zunächst zu untersuchen, weshalb es für das Vorliegen einer mittelbaren Zuwendung anfechtungsrechtlich eigentlich bereits ausreichen soll, dass der Schuldner die Begünstigung des Empfängers im Sinne eines »vorgefassten Plans« von Anfang an gewollt hat, während er im Übrigen mit dem Empfänger weder äußerlich noch schuldrechtlich in einer Beziehung zu stehen braucht.

Bei der Suche nach einer dogmatisch befriedigenden Antwort auf diese Frage, haben sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit letztlich Erkenntnisse ergeben, deren Tragweite nach hier vertretener Auffassung allerdings über die Konstellationen der mittelbaren Zuwendung noch deutlich hinausgehen und dabei die Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung insgesamt in einem Licht erscheinen lassen, das sich vom herrschenden Verständnis fundamental unterscheidet. Ausgehend von einer dogmatischen Begründung der mittelbaren Zuwendung hat sich insofern zunehmend herausgestellt, dass sich das heutige Gläubigeranfechtungsrecht alternativ zur herrschenden Meinung auch in einer Weise interpretieren lässt, die es keineswegs als »typisches Fallrecht« brandmarkt. Vielmehr hat sich sowohl ein dogmatischer Unterbau der Anfechtungstatbestände als auch ein einheitlicher Rechtfertigungsgrund erschlossen, auf deren Grundlage die einzelnen Tatbestände im Sinne eines in sich abgestimmten Gesamtsystems ausgelegt werden können. Durch diese übergreifende Systematik ist es nach hier vertretener Auffassung tatsächlich möglich, für die Fragen einer Anfechtbarkeit insgesamt einen allgemeinen Leitfaden zu entwickeln, der insbesondere in gesetzlich nicht direkt erfassten Zweifelsfällen sachgerechte Ergebnisse auch ohne den Rückgriff auf unbestimmte Interessenabwägungen gewährleistet.

---

<sup>49</sup> Im Ergebnis gegen eine Übertragbarkeit der Grundsätze des Bereicherungsrechts auf das Anfechtungsrecht zu Recht auch Kübler/Prütting/Bork/*Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 13; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 70 ff. Letztlich einschränkend auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 353; *Burchard*, Dreieck S. 333.

<sup>50</sup> Kübler/Prütting/Bork/*Brinkmann*, aaO.

Um eine solch orientierungsstiftende Gesamtkonzeption allerdings begründen zu können, hat sich während der Untersuchung Stück für Stück gezeigt, dass dafür eine teils radikale Abkehr von traditionellen Gewissheiten des Anfechtungsrechts erforderlich ist. Insbesondere ist es für die Entwicklung einer allgemeinen Grundstruktur der Anfechtungsvoraussetzungen notwendig, die einzelnen Tatbestände vom Dickicht unterschiedlicher Wertungen zu befreien und stattdessen im Grundsatz auf eine einheitliche Parallelwertung zu reduzieren. Weil eine solche Auslegung der Tatbestände dem herrschenden Verständnis jedoch ganz erheblich widerspricht und sich die erforderlichen Erwägungen deshalb nicht nur „im Vorbeigehen“ darstellen lassen, hat sich der Fokus der Arbeit schließlich von den mittelbaren Zuwendungen auf das allgemeine System der Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung verlagert.

### **III. Ziel des Diskussionsvorschlags**

Die vorliegende Arbeit verfolgt dementsprechend das Ziel, als Diskussionsvorschlag eine mögliche Interpretation der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen zu formulieren, welche das herrschende Verständnis der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht« insgesamt überwindet. In diesem Sinne soll aufgezeigt werden, dass interessensgerechte Ergebnisse vielmehr auch durch einen weitgehend schematischen Lösungsansatz begründet werden können, wenn die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung mit einer dogmatischen Grundstruktur versehen, sowie in ihren Wertungen präzisiert und verschlankt werden. Soweit es diesbezüglich erforderlich sein sollte, sich von einer Reihe von herkömmlichen Sichtweisen im Anfechtungsrecht zu lösen, möchte der Verfasser den Leser bereits vorab darum bitten, sich bei der Lektüre dieser Arbeit für Gedankenexperimente zu öffnen.

Dabei ist sich der Verfasser sowohl der Risiken als auch der Vorbehalte durchaus bewusst, die eine Abkehr von traditionellen Überzeugungen hervorrufen muss. Demgegenüber erhebt der hier postulierte Diskussionsvorschlag keineswegs den Anspruch, eine allseits perfekte Lösung zu bieten; dies wäre angesichts der Komplexität des Gläubigeranfechtungsrechts wohl auch unmöglich. Ebenso wenig sollen im Rahmen der Arbeit noch gänzlich unbekannte, von Grund auf neue Erwägungen postuliert werden. Stattdessen sollen lediglich die bereits in der Diskussion befindlichen Kritikpunkte am derzeit herrschenden Verständnis aufgegriffen, konsequent fortgeführt und um eigene Ideen erweitert werden. Letztere stellen in der Sache wiederum nicht mehr dar, als eine Übertragung von allgemein-juristischer Dogmatik sowie altbekannter Rechtsprinzipien. Durch die Kombinierung dieser Ansätze mit der bereits bestehenden Kritik am herrschenden Verständnis, ergibt sich jedoch für die Systematik der Gläubigeranfechtung ein weitgehend neues Gesamtbild, welches insbesondere auf Kasuistik nicht stärker angewiesen ist als andere Rechtsgebiete auch.

### **IV. Gang der Darstellung**

Dieses Gesamtbild lässt sich einerseits am deutlichsten zeichnen, wenn die allgemein-systematischen Zusammenhänge des hier vertretenen Diskussionsvorschlags durch eine auf sie konzentrierte Abhandlung, ohne größere Abschweifungen „in einem Guss“ dargestellt werden. Andererseits ist es für die Nachvollziehbarkeit und Überzeugungskraft der dazu verfolgten Ansätze ebenso erforderlich, die konkreten Hintergründe der einzelnen Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung jeweils im Detail zu beleuchten und dabei sowohl die Schwächen der herrschenden Meinung, als auch die Leistungsfähigkeit eines alternativen Verständnisses aufzuzeigen.

Der Gang der Darstellung erfolgt daher in mehreren Abschnitten. Zuerst wird sich der Ausgangslage gewidmet, in welcher die drängendsten Problemkreise thematisiert werden, welche unter Zugrundelegung des derzeit herrschenden Verständnisses bestehen. Neben der Notwendigkeit für Veränderungen sollen insbesondere die tieferen Ursachen identifiziert werden, die

zu dem traditionellen Bild eines »typischen Fallrechts« führen. Während dabei stellenweise bereits angedeutet werden soll, wie die hier vorgeschlagenen alternativen Lösungsansätze aussehen könnten, werden diese Ansätze im zweiten Teil der Arbeit um weitere Gedanken ergänzt und sodann im Sinne eines Grundrisses der hier vertretenen Anfechtungssystematik zusammengeführt. An diesem Grundriss anknüpfend wird sich schließlich den Einzelheiten des hier vertretenen Diskussionsvorschlags gewidmet, indem versucht werden soll, die in der Ausgangslage dargestellten einzelnen Problemkreise auf systematischem Wege zu interessengerechten Lösungen zu führen.

Dabei wird sich im Laufe der Untersuchung immer wieder zeigen, dass insbesondere die vom Gesetz nicht direkt geregelten Konstellationen einer mittelbaren Zuwendung als Prüfstein sowohl des herrschenden Verständnisses als auch der hier vertretenen alternativen Konzeption dienen können. In diesem Sinne soll im Rahmen der Arbeit an vielen Stellen beispielhaft auf die beiden soeben eingeführten Grundfälle der mittelbaren Zuwendung zurückgegriffen werden, das heißt einerseits auf die mittelbare Zuwendung durch »eine einheitliche Handlung« der Mittelsperson, die bereicherungsrechtlich den klassischen Anweisungsfällen entspricht, sowie andererseits auf die mittelbare Zuwendung durch »zwei rechtlich getrennte Geschäfte«, die bei einer rein formalen Betrachtung nur eine einfache Rechtsnachfolge bildet.

## **V. Stand des Gesetzes, der Rechtsprechung und der Literatur**

Der Inhalt der vorliegenden Arbeit wurde im Sommer 2015 fertiggestellt. Spätere Veröffentlichungen und Gerichtsentscheidungen sowie insbesondere die Gesetzesänderungen vom April 2017 werden im Rahmen der Arbeit dementsprechend nicht mehr berücksichtigt. Speziell hinsichtlich der Gesetzesänderungen sei jedoch angemerkt, dass diese die grundsätzliche Konzeption des Anfechtungsrechts nicht geändert haben. Da in erster Linie gerade diese Konzeption von der vorliegenden Arbeit in den Blick genommen wird, haben die hier vertretenen Thesen durch die vorgenommenen Gesetzesänderungen ihre Gültigkeit also nicht verloren.

## B. Ausgangslage

Stellt sich im Gläubigeranfechtungsrecht die Frage der Anfechtbarkeit einer Vermögensverschiebung, ist allgemein zu beobachten, dass sich die Diskussion in aller Regel sehr schnell um das Vorliegen der einzelnen Anfechtungstatbestände dreht, indem diese der Reihe nach und jeweils für sich auf den Vermögensvorgang angewendet werden. Diesem tatbestandsfixierten Vorgehen liegt die eben schon erwähnte herrschende Annahme zugrunde, dass die einzelnen Tatbestände auf unterschiedlichen Wertungen basieren, folglich verschiedene Anfechtungsgründe darstellen und als solche selbständig nebeneinander stehen.<sup>51</sup>

*Anfechtungstatbestände und ihre Wertungen (laut h.M.):*

§ 130 InsO: kongruente Deckungen	→ Gleichbehandlung der Gläubiger
§ 131 InsO: inkongruente Deckungen	→ Gleichbehandlung der Gläubiger
§ 132 InsO: unmittelbar nachteilige Handlungen	→ Gleichbehandlung der Gläubiger (str.)
§ 133 InsO / § 3 AnfG: vorsätzlich benachteilige Handlungen	→ unbilliges Schuldnerverhalten
§ 134 InsO / § 4 AnfG: unentgeltliche Leistungen	→ Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs
§ 135 InsO / §§ 6, 6a AnfG: Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen	→ Finanzierungsfolgenverantwortung (str.)
§ 136 InsO: Rückgewähr von Einlagen bei stiller Gesellschaft	→ gesellschaftsrechtliche Sonderwertung

Während in der Folge das Rechtsgebiet als ein »typisches Fallrecht« erscheint, lässt sich dieses Verständnis jedoch nur überwinden, wenn die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung nicht allein vom konkret einschlägigen Anfechtungstatbestand abhängig gemacht wird. Stattdessen muss für die Entwicklung eines allgemeinen Leitfadens über den einzelnen Tatbestand hinausgeschaut und dadurch jene Voraussetzungen stärker betont werden, welche dem Rechtsgebiet insgesamt zugrunde liegen.

Bevor sich den einzelnen Anfechtungstatbeständen und den ihnen zugeordneten Wertungen gewidmet wird, soll deshalb als Ausgangspunkt der Arbeit die Frage erörtert werden, ob und inwieweit die Anfechtbarkeit einer Vermögensverschiebung bereits anhand von generellen Erwägungen beurteilt werden kann, ohne dass es dazu auf den konkret einschlägigen Anfechtungstatbestand ankäme. Denn umso eher eine Lösungsfindung schon aufgrund tatbestandsunabhängiger Gesichtspunkte möglich ist, desto stärker können die einzelnen Tatbestände von diesen Erwägungen befreit und in ihren Wertungen auf einen gemeinsamen Leitgedanken verschlankt werden. In diesem Sinne wird sich zunächst den allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen gewidmet, hinsichtlich derer in Rechtsprechung und Literatur jedoch eine eher stiefmütterliche Behandlung zu beobachten ist.

<sup>51</sup> Siehe nur BGH, NJW 1972, 870, 871 sowie bereits unter A.I, Seite 2.

## I. Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen

Nach § 129 InsO und § 1 AnfG kommt eine Anfechtbarkeit von vornherein nur unter den zwei allgemeinen Voraussetzungen in Betracht, dass einerseits eine Rechtshandlung vorgenommen wurde, welche andererseits die Gläubiger des Schuldners benachteiligt. Fehlt es entweder an einer Rechtshandlung oder an einer durch sie bewirkten Gläubigerbenachteiligung, erübrigt sich bereits jede weitere Prüfung der einzelnen Anfechtungstatbestände.<sup>52</sup> Trotz dieser fundamentalen Bedeutung beider Grundvoraussetzungen sozusagen als „Türöffner“ der Anfechtungstatbestände, wird ihnen in Rechtsprechung und Literatur allerdings kaum eine eigenständige – das heißt von den Tatbeständen dogmatisch getrennte – Funktion zugeordnet. Vielmehr werden sie im Ergebnis wie vorgezogene Bestandteile der Tatbestände behandelt, die als deren gemeinsamer Voraussetzung vom Gesetzgeber lediglich zusammengefasst und in die §§ 129 InsO, 1 AnfG gleichsam ausgelagert wurden.<sup>53</sup>

Dem entspricht es, dass sowohl die Rechtshandlung als auch die Gläubigerbenachteiligung einer größtenteils ebenso kasuistischen Betrachtung durch einzelfallabhängige Korrekturen unterliegen, wodurch die Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas jedoch deutlich erschwert wird.

### 1) Rechtshandlung

Hinsichtlich der Bestimmung einer Rechtshandlung wird herkömmlicherweise auf den Grundsatz verwiesen, dass diese im Sinne eines effektiven Anfechtungsrechts möglichst weit auszulegen sei.<sup>54</sup> Dabei geht die herrschende Meinung im Ansatzpunkt von einer natürlichen Betrachtung der vorgenommenen Handlung aus, so dass jedes von einem Willen getragene menschliche Verhalten erfasst sei.<sup>55</sup> Eine inhaltliche Einschränkung durch materielle Voraussetzungen erfolgt nur insoweit, als allgemein gefordert wird, dass die Handlung zumindest in irgendeiner Weise Rechtswirkungen auslösen können müsse.<sup>56</sup> Auf weiter konkretisierende Kriterien wird demgegenüber verzichtet. Dies soll damit begründet werden, dass durch den Verzicht auf nähere Voraussetzungen etwaige Umgehungsproblematiken ausgeschlossen würden,<sup>57</sup> so dass durch ein weites Verständnis der Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG der ungehinderte Zugang zu den Anfechtungstatbeständen sichergestellt werden könne.<sup>58</sup>

Eine von den Tatbeständen getrennte Bedeutung wird dem Begriff der Rechtshandlung auf diesem Wege jedoch kaum zuerkannt. Stattdessen wird dem Kriterium der Rechtshandlung eine die Anfechtbarkeit regulierende Funktion als dogmatisch eigenständige Anfechtungsvoraussetzung implizit sogar weitgehend abgesprochen. Als selbständiger Zweck der Rechtshandlung wird insofern lediglich angenommen, dass sie rein zufällige Vermögensverschiebungen von einer Anfechtung ausschließt,<sup>59</sup> ohne dass dadurch der Begriff der Rechtshandlung mit einer spezifisch anfechtungsrechtlichen Bedeutung gefüllt würde. Vielmehr zieht man inhaltlich üblicherweise die bereits aus dem Zivilrecht bekannten Fallgruppen von Verhaltensweisen heran, indem im Näheren insbesondere das Rechtsgeschäft, die geschäftsähnli-

---

<sup>52</sup> Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.18.

<sup>53</sup> Vgl. *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 49 f.; *MüKo/Kirchhof*, InsO, vor § 129 Rn. 93.

<sup>54</sup> BGH, NJW-RR 2010, 118 Rn. 21; *HK/Kreft*, InsO, § 129 Rn. 11; *Hk-ZV/Haertlein*, AnfG, § 1 Rn. 3; *MüKo/Kayser*, InsO, § 129 Rn. 7; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 86; *Gottwald/Huber*, Insolvenzzrechts-Hdb., § 46 Rn. 19; *Ehricke*, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 2; *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 45.

<sup>55</sup> BGH, aaO; *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 129 Rn. 3; *MüKo/Kayser*, aaO; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, aaO; *Gottwald/Huber*, aaO; *Ehricke*, aaO; *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.29; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 324.

<sup>56</sup> Wie vorherige Fn.

<sup>57</sup> So *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.29 (dort Fn. 129).

<sup>58</sup> Vgl. *MüKo/Kayser*, aaO, der darauf hinweist, dass erst die Tatbestände eine Einengung vornähmen.

<sup>59</sup> *MüKo/Kayser*, InsO, § 129 Rn. 6; ähnlich auch *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 45 f.

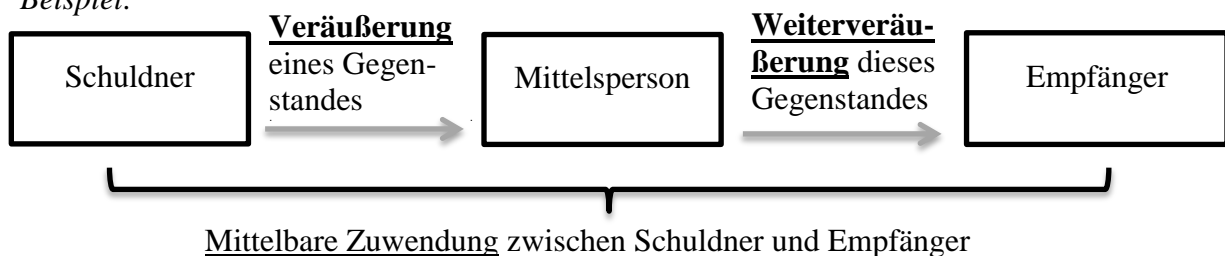
che Handlung oder der Realakt als mögliche Rechtshandlungen im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG aufgezählt werden.<sup>60</sup>

**a) Schutzlücke durch Verzicht auf anfechtungsspezifische Kriterien**

Dieser Verzicht auf die Entwicklung spezifisch anfechtungsrechtlicher Voraussetzungen des Begriffs der Rechtshandlung führt jedoch zu einer Art „Bumerangeffekt“, bei dem Umgehungsproblematiken nicht ausgeschlossen, sondern bei Lichte betrachtet im Gegenteil sogar erst hervorgerufen werden. Denn im Weiteren entspricht es herrschender Ansicht, dass jede Rechtshandlung in einer »strengen Einzelsicht« isoliert auf ihre Anfechtbarkeit hin überprüft werden muss.<sup>61</sup> Stellt man dabei für die Rechtshandlung inhaltlich allerdings keine anfechtungsspezifischen Kriterien auf, sondern greift man in erster Linie auf die im zivilrechtlichen Sinne vorgenommenen Rechtsgeschäfte oder Realakte zurück, kann aus diesem Blickwinkel die isolierte Prüfung jeder einzelnen Handlung dazu führen, dass eine Vermögensverschiebung durchs Raster der §§ 129 InsO, 1 AnfG fällt, wenn sich der Vermögensfluss bei einer unbefangenen Betrachtung in mehrere Einzelakte unterteilt, welche als solche der Anfechtung wiederum entzogen sind.

In der Folge besteht die Gefahr einer Schutzlücke, die sich am klarsten anhand der Konstellationen der mittelbaren Zuwendung verdeutlichen lässt. Denn wie gesehen stehen bei mittelbaren Zuwendungen aufgrund der Aufspaltung des Vermögensflusses durch eine Mittelsperson rechtstechnisch stets zwei unterschiedliche Vermögensvorgänge im Raum.<sup>62</sup> Mangels eines anfechtungsspezifischen Begriffsverständnisses wären diese Vorgänge allerdings im Sinne der strengen Einzelsicht jeweils für sich als Rechtshandlung zu betrachten. Besonders anschaulich wird dies im Fall der mittelbaren Zuwendung, die formal betrachtet eine bloße Rechtsnachfolge darstellt.

*Beispiel:*



In einer solchen Konstellation finden aus einer rein formalrechtlichen Perspektive zwei getrennte Vermögensverschiebungen statt, nämlich die Veräußerung zwischen Schuldner und Mittelsperson, sowie die Weiterveräußerung zwischen Mittelsperson und Empfänger. Würde man hier bei der Prüfung der Anfechtbarkeit tatsächlich nur auf diese Einzelakte abstellen, hätte es der Schuldner durch die Zwischenschaltung einer Mittelsperson in der Hand, Vermögensverschiebungen an den Empfänger einer Anfechtbarkeit zu entziehen. Denn während durch den ersten Einzelakt (Veräußerung an die Mittelsperson) der Empfänger vom Schuldner noch nichts erworben hat, wurde der zweite Einzelakt (Weiterveräußerung an den Empfänger)

<sup>60</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 11 ff.; Bork/Gehrlein, Aktuelle Probleme, Rn. 7. Vgl. Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 4 ff.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 34; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 99.

<sup>61</sup> BGH, NJW 2008, 655 Rn. 18; Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 3; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 55; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 93; Ehrlicke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 4 f. Einschränkung für den Begriff der Rechtshandlung nach § 1 AnfG nunmehr jedoch BGH, NJW-RR 2009, 190 Rn. 24.

<sup>62</sup> Siehe bereits unter A.II, ab Seite 4 f.

wiederum nicht mehr vom Schuldner vorgenommen. Deshalb wäre bei einer isolierten Betrachtung dieser Einzelakte eine Anfechtung gegenüber dem Empfänger nach all denjenigen Tatbeständen nicht mehr möglich, die lediglich eine Handlung des Schuldners für anfechtbar erklären.<sup>63</sup>

Zwar hält das Anfechtungsrecht in den Fällen einer Weiterveräußerung durch den Erstempfänger gemäß den §§ 145 Abs. 2 InsO, 15 Abs. 2 AnfG eine Sonderregelung bereit, wonach die Anfechtbarkeit der ersten Veräußerung auch noch gegenüber dem Rechtsnachfolger – hier also gegenüber dem mittelbaren Empfänger – geltend gemacht werden kann. Dies gilt jedoch nur unter einschränkenden Voraussetzungen. Insbesondere wird stets vorausgesetzt, dass die erste Veräußerung einer Anfechtbarkeit überhaupt unterliegt. Schaltete der Schuldner als Mittelsperson hingegen einen schutzwürdigen Dritten ein, gegen den ein Anfechtungstatbestand gar nicht einschlägig wäre, bestünde demnach auch keine Anfechtbarkeit, die dem mittelbaren Empfänger als Rechtsnachfolger der Mittelsperson noch entgeggehalten werden könnte.

In der Folge stünde es dem Schuldner also bei einer konsequenten Beibehaltung der strengen Einzelsicht offen, über die geschickte Zwischenschaltung einer schutzwürdigen Mittelsperson eine Vermögensverschiebung an den Empfänger unanfechtbar werden zu lassen, weil es wegen einer formalrechtlichen Aufspaltung des Vermögensflusses an einer anfechtbaren Rechtshandlung fehlte. Hierdurch offenbart sich im Begriff der Rechtshandlung jedoch aus der Sicht der Gläubiger des Schuldners eine Schutzlücke, die es ermöglichen würde, durch mittelbare Zuwendungen die Regeln des Gläubigeranfechtungsrechts zu umgehen.<sup>64</sup>

#### **b) Schließung der Schutzlücke durch »wirtschaftliche Betrachtungsweise«?**

Dass die Möglichkeit einer solchen Umgehung des Gläubigeranfechtungsrechts nicht sachgerecht wäre, ist im Ergebnis freilich unbestritten.<sup>65</sup> Unklar ist hingegen, wie diese Schutzlücke im Begriff der Rechtshandlung bei mittelbaren Zuwendungen geschlossen werden kann. Zwar möchte sich die herrschende Meinung insofern von einer rein formalrechtlichen Betrachtung lösen.<sup>66</sup> Allerdings wird als Alternative nicht etwa ein materiell entwickelter Begriff bemüht, sondern es soll unter Heranziehung »wirtschaftlicher Gesichtspunkte« lediglich die strenge Einzelbetrachtung überwunden werden.<sup>67</sup> Danach seien mehrere Einzelakte als einheitliche Rechtshandlung zu beurteilen, weil sie wirtschaftlich betrachtet eine Einheit darstellen.<sup>68</sup> Eine solche Verknüpfung der einzelnen Vorgänge sei zumindest dann zulässig und geboten, wenn – wie dies bei mittelbaren Zuwendungen stets der Fall ist – der Gesamtvorgang auf einem vorgefassten Plan beruhe.<sup>69</sup>

Indessen ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise von juristischer Methodik weit entfernt und deshalb im Schrifttum auf Kritik gestoßen.<sup>70</sup> Zu Recht wird insofern angeführt, dass wirt-

---

<sup>63</sup> Dies sind die §§ 132 bis 134 InsO sowie die §§ 3, 4 AnfG. Erfolgte die Vermögensverschiebung auch nicht zur Deckung einer Forderung des Empfängers, wären die übrigen Tatbestände bereits von vornherein ausgeschlossen.

<sup>64</sup> Siehe nur BGH, NJW 1992, 834, 835 sowie MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 53, der hinsichtlich mittelbarer Zuwendungen von »Umwegungsgeschäften« spricht. Vgl. auch Berges, KTS 1961, 65 f.; Thole, Gläubigerschutz, S. 350, die den Begriff »Umwegdeckung« verwenden.

<sup>65</sup> Siehe nur BGH, aaO; MüKo/Kayser, aaO; Jaeger/Henckel, InsO, § 130 Rn. 45, 47; Thole, aaO; Berges, aaO.

<sup>66</sup> So BGH, WM 1955, 407, 409; NJW 1978, 1921, 1922; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 35.

<sup>67</sup> BGH, NJW 1978, 1921, 1922; NJW 1992, 834, 835; NJW 2002, 1574, 1576; FK/Dauernheim, InsO, § 129 Rn. 35; HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 129 Rn. 29; Hk-ZV/Haertlein, AnfG, vor § 1 Rn. 9; Huber, AnfG, § 1 Rn. 20; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 56; Nerlich/Römermann/Nerlich, aaO; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 94; Ehrlicke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 5.

<sup>68</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835; Ehrlicke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 23.

<sup>69</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 65.

<sup>70</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 8; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 3; Thole, Gläubigerschutz, S. 328. Vgl. auch Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 50 ff.; Berges, KTS 1961, 65, 66; Ede, ZInsO 2012, 1541, 1542.

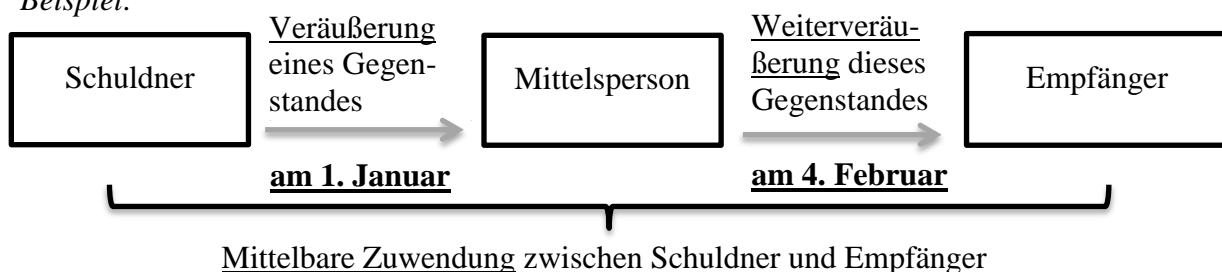
schaftliche Gesichtspunkte »keine subsumtionsfähigen Normen« darstellen und der Umfang der Anfechtung nicht außerrechtlichen Kriterien entnommen werden sollte.<sup>71</sup> Als alternative Begründung der Anfechtbarkeit von mittelbaren Zuwendungen wird jedoch auch von den Kritikern der wirtschaftlichen Betrachtung kein materieller Begriff der Rechtshandlung entwickelt, welcher spezifisch anfechtungsrechtliche Voraussetzungen beinhalten würde. Stattdessen stellte man historisch auf den zu missbilligenden »fraudulösen Charakter« einer mittelbaren Zuwendung ab,<sup>72</sup> während heute wie gesehen oftmals eine Parallele zum Bereicherungsrecht<sup>73</sup> gezogen oder schlicht eine »als-ob-Betrachtung«<sup>74</sup> angestrengt wird, wobei eine echte Erklärung der Anfechtbarkeit jedoch ausbleibt.<sup>75</sup>

Es erscheint deshalb ehrlicher, sofern auch die Kritiker der wirtschaftlichen Betrachtungsweise auf diese als Hilfsmittel letztlich doch nicht ganz verzichten wollen und sie zumindest als »Beitrag« zur Bezeichnung der vorgenommenen Rechtshandlung anerkennen.<sup>76</sup> Einher geht jedoch das Eingeständnis, dass zur Bestimmung einer Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG bislang noch keine ausreichende Rechtsdogmatik entwickelt wurde, um unerwünschte Ergebnisse zu vermeiden.

### c) Unmittelbare Vermögensverkürzung als Vornahmezeitpunkt?

Das Problem eines materiell unterentwickelten Begriffs der Rechtshandlung setzt sich bei mittelbaren Zuwendungen unweigerlich fort, wenn der Zeitpunkt ihrer Vornahme bestimmt werden soll. Dabei gilt eine Rechtshandlung gemäß der §§ 140 Abs. 1 InsO, 8 Abs. 1 AnfG grundsätzlich dann als vorgenommen, wenn ihre »rechtlichen Wirkungen« eintreten. Gerade bei mittelbaren Zuwendungen, die formalrechtlich zwei getrennte Geschäfte darstellen, ist der Zeitpunkt dieser Wirkungen jedoch nicht eindeutig. Vielmehr treten in solchen Konstellationen die rechtlichen Wirkungen der beiden Einzelakte regelmäßig zu unterschiedlichen Zeitpunkten ein.

*Beispiel:*



Zur Präzisierung der im Sinne von §§ 140 Abs. 1 InsO, 8 Abs. 1 AnfG maßgeblichen rechtlichen Wirkungen führt *Kirchhof* deshalb aus, dass die »typischerweise unmittelbar eintretenden rechtlichen Wirkungen, welche die Vermögensverkürzung beim Schuldner unvermeidlich

<sup>71</sup> Jaeger/Henckel, aaO; Thole, aaO.

<sup>72</sup> Siehe nur die Entscheidungen des RG Bolze 11, Nr. 163 (1890); RGZ 35, 26 (1895); 43, 83 (1899); 46, 101 (1900); 48, 148 (1901); 59, 195 (1904). Vgl. auch Jaeger/Henckel, InsO, § 130 Rn. 46.

<sup>73</sup> BGH, NJW 2008, 63 Rn. 44; NJW 1999, 3636; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 49; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 102 f. und 106. Vgl. auch Jaeger/Henckel, InsO, § 130 Rn. 47 und Marotzke, ZInsO 2007, 897, 904 f.

<sup>74</sup> BGH, NJW 2012, 1959 Rn. 9; NJW 2008, 1067 Rn. 14; NJW 1998, 2592, 2599; Braun/de Bra, InsO, § 129 Rn. 19; HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 129 Rn. 29; HK/Kreft, InsO, § 129 Rn. 28; Huber, AnfG, § 1 Rn. 20; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 265; Bork/Gehrlein, Aktuelle Probleme, Rn. 28; Ehrlicke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 23.

<sup>75</sup> Kritisch insofern auch Jaeger/Henckel, InsO, § 130 Rn. 45, der zu Recht ausführt, dass die gängige »als-ob-Betrachtung« die Behandlung der mittelbaren Zuwendung nur plausibel macht, ohne sie zu erklären.

<sup>76</sup> So Thole, aaO; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 3 und 94. Vgl. auch Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 8.



machen«, gemeint seien.<sup>77</sup> Ganz überwiegend wird folglich davon ausgegangen, dass für die Vornahme der Rechtshandlung der Zeitpunkt der Verkürzung des Schuldnervermögens entscheidend sei, welcher bei mittelbaren Zuwendungen aber nicht erst in der Ausführung des Gesamtvorganges, sondern bereits in der vermögensschmälernden Veräußerung an die Mittelsperson liege.<sup>78</sup>

Indessen führt die Fokussierung auf die unmittelbar eintretende Verkürzung des Schuldnervermögens nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Denn der Vornahmezeitpunkt der Rechtshandlung markiert zugleich den Zeitpunkt, zu welchem sowohl die Voraussetzungen der Tatbestände vorliegen müssen als auch die Anfechtungsfristen zu laufen beginnen.<sup>79</sup> Durch ein Abstellen auf die vermögensschmälernde Übergabe an die Mittelsperson würde dies schon geschehen, noch bevor der Empfänger einer mittelbaren Zuwendung von dieser überhaupt Kenntnis erhalten haben muss. Nach hier vertretener Ansicht ist dies nicht nur hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen der Tatbestände problematisch, sondern widerspricht auch dem Ziel der §§ 140 Abs. 1 InsO, 8 Abs. 1 AnfG, den Vornahmezeitpunkt möglichst weit hinauszuzögern.<sup>80</sup> Hirte hatte denn auch zu bedenken gegeben, dass es bei mittelbaren Zuwendungen aufgrund der wirtschaftlichen Verknüpfung »ausnahmsweise geboten« sein könne, statt auf die Verkürzung des Schuldnervermögens erst auf die spätere Weitergabe an den Anfechtungsgegner abzustellen.<sup>81</sup> Rechtlich greifbare Kriterien für diese Einbeziehung der späteren Weitergabe wurden jedoch auch insofern nicht formuliert.

Dabei verrät bereits der Wortlaut der §§ 140 Abs. 1 InsO, 8 Abs. 1 AnfG aufgrund des Plurals »rechtliche Wirkungen«, dass eine Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne tatsächlich nicht auf eine einzige Wirkungsweise beschränkt sein muss, sondern durchaus auch *mehrere* Rechtswirkungen und damit im Rechtssinne auch mehrere Vornahmezeitpunkte besitzen kann. Deshalb ist es keineswegs zwingend, für den Vornahmezeitpunkt allein auf die unmittelbare Verkürzung des Schuldnervermögens abzustellen, sondern es kann über diese Rechtswirkung vielmehr auch hinausgegangen werden. Dazu reicht es jedoch nicht aus, sich bloß von einem formalrechtlichen Verständnis der Rechtshandlung zu lösen, sondern es müssen stattdessen auch materielle Kriterien formuliert werden, um die im Weiteren einzubeziehenden Rechtswirkungen bestimmen zu können.

#### **d) Verständnis als Zurechnungsproblematik**

Wenn die herrschende Meinung insoweit lediglich auf eine inhaltlich ungeklärte »wirtschaftliche Betrachtung« zurückgreift, geschieht dies nach hier vertretener Auffassung ohne Not. Denn tatsächlich hält die allgemein-juristische Dogmatik erklärungsstarke Instrumentarien bereit, mit denen sich die rechtlich relevante Reichweite von Handlungen auch unter materiellen Wertungsgesichtspunkten zuverlässig bestimmen lässt. Dabei handelt es sich in der Sache um nichts anderes als eine klassische Zurechnungsproblematik.<sup>82</sup> Aus einer rechtsdogmatischen Perspektive ist deshalb – eben im Sinne einer Zurechnungsproblematik – danach zu fragen, aufgrund welcher Zurechnungskriterien es bei mittelbaren Zuwendungen gerechtfertigt ist, die

---

<sup>77</sup> MüKo/Kirchhof, InsO, § 140 Rn. 5; MüKo/ders., AnfG, § 8 Rn. 5.

<sup>78</sup> MüKo/Kirchhof, InsO, § 140 Rn. 22; MüKo/ders., AnfG, § 8 Rn. 27. Ihm folgend Hamb-Komm/Rogge/Leptien, InsO, § 140 Rn. 16; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 140 Rn. 7; Ehrlicke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 33; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 43. Vgl. auch FK/Dauernheim, InsO, § 140 Rn. 2.

<sup>79</sup> FK/Dauernheim, InsO, § 140 Rn. 1; HK/Kreft, InsO, § 140 Rn. 2; MüKo/Kirchhof, InsO, § 140 Rn. 3 f.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 140 Rn. 5. Vgl. auch Klinck, Grundlagen, S. 165; Fischer, ZIP 2004, 1679.

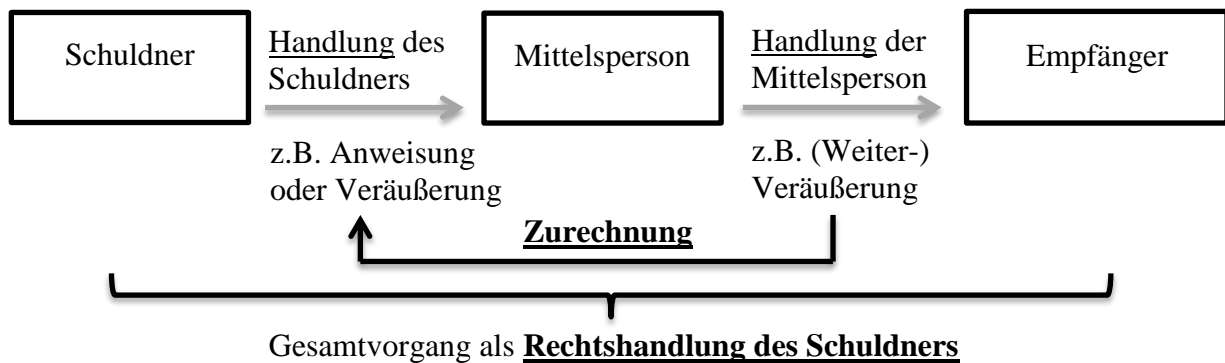
<sup>80</sup> Vgl. Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 140 Rn. 1.

<sup>81</sup> So noch Uhlenbruck/Hirte, InsO (13. Aufl. 2010), § 129 Rn. 86. Anders aber nunmehr Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO.

<sup>82</sup> Darauf hinweisend auch schon Berges, KTS 1961, 65, 67.

Handlung der Mittelsperson der vorgelagerten Handlung des Schuldners noch zuzurechnen, so dass der Gesamtvorgang anfechtungsrechtlich eine Rechtshandlung des Schuldners bildet.

*Illustration:*

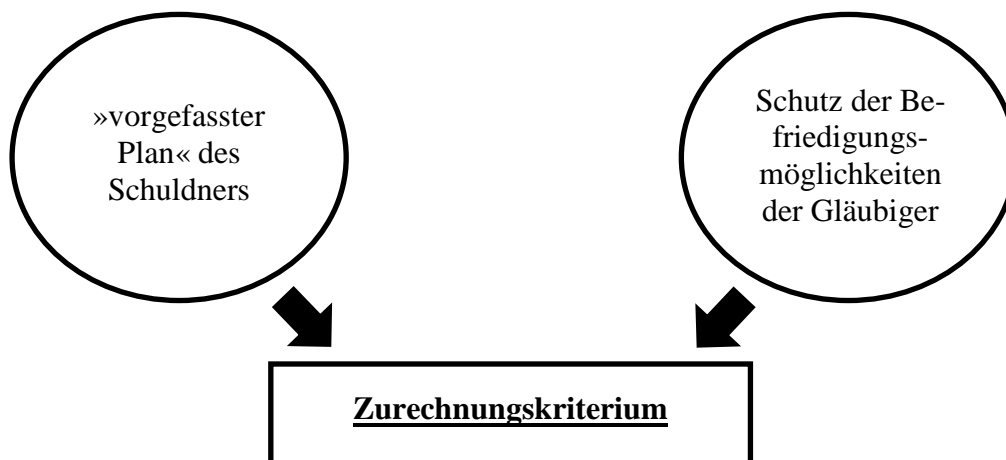


**aa) »Vorgefasster Plan« des Schuldners und Schutzzweck des Anfechtungsrechts**

Für die Ermittlung des hierfür maßgeblichen Zurechnungskriteriums stellt der empirische Ausgangspunkt die Tatsache dar, dass von einer mittelbaren Zuwendung wie gesehen nur dann gesprochen wird, wenn der Schuldner die Begünstigung des Empfängers »von Anfang an gewollt« hat.<sup>83</sup> Das heißt der Schuldner muss schon bei seiner eigenen vermögensmindernden Handlung die Absicht gehegt haben, dass die Mittelsperson daraufhin eine weitere Handlung zugunsten des Empfängers vornehmen werde. Soll die weitere Handlung der Mittelsperson also der vorherigen Handlung des Schuldners anfechtungsrechtlich noch zugerechnet werden können, kann auf diesen »vorgefassten Plan« des Schuldners offenbar nicht verzichtet werden.

Andererseits entspricht es der allgemein-juristischen Dogmatik, dass für das Bestehen eines Zurechnungszusammenhangs stets auch der Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen ist.<sup>84</sup> Im Anfechtungsrecht besteht dieser Schutzzweck allgemein darin, die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger zu schützen.<sup>85</sup> Will man nun für die Zurechnung bei mittelbaren Zuwendungen ein rechtsdogmatisches Kriterium formulieren, muss also versucht werden, den empirischen Aspekt des »vorgefassten Plans« mit dem normativen Aspekt des Schutzes der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger zu vereinbaren.

*Illustration:*



<sup>83</sup> Siehe bereits unter A.II, Seite 6.

<sup>84</sup> Vgl. etwa für das zivilrechtliche Haftungsrecht MüKo/Oetker, BGB, § 249 Rn. 121.

<sup>85</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 76.

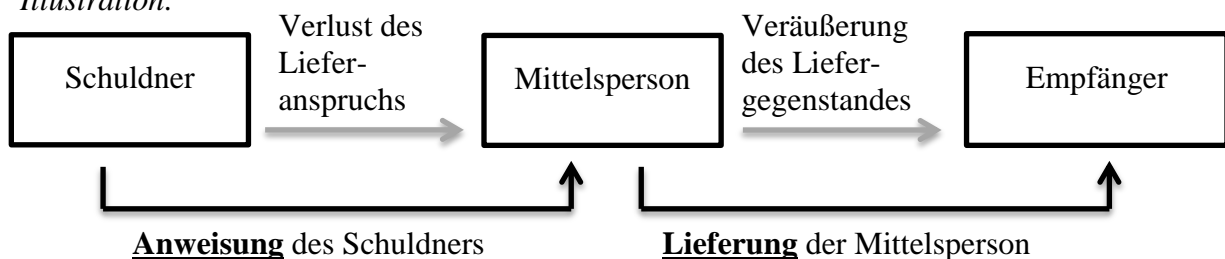
**bb) Risikozusammenhang als Zurechnungskriterium für mittelbare Zuwendungen**

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dieses Zurechnungskriterium, welches den Schutzzweck des Anfechtungsrechts und den »vorgefassten Plan« des Schuldners rechtsdogmatisch auf einen gemeinsamen Nenner bringt, das Kriterium des Risikozusammenhangs. Denn für das Bestehen eines Risikozusammenhangs ist allgemein erforderlich, dass sich im zuzurechnenden Ereignis dasjenige Risiko der Handlung verwirklicht hat, das nach der jeweiligen Norm relevant ist.<sup>86</sup> Im Anfechtungsrecht ist dieses Risiko – entsprechend dem Schutzzweck des Rechtsgebietes – die Gefahr, dass die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger beeinträchtigt werden, insbesondere weil das Schuldnervermögen belastet wird. Eben dieses Belastungsrisiko ist jedoch aufgrund des vorgefassten Plans des Schuldners die Klammer, die die beiden Einzelakte einer mittelbaren Zuwendung miteinander verbindet. Denn entsprechend des vorgefassten Plans realisiert sich hier in der Handlung der Mittelsperson für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger genau das Belastungsrisiko, das von der vorherigen Handlung des Schuldners schon begründet wurde.

Um dies näher auszuführen: Das Anfechtungsrecht ist in erster Linie auf das Risiko gerichtet, dass der Schuldner sein Vermögen dadurch belastet, dass er es an einen Dritten verschiebt. Gerade die Vermögensverschiebung an einen Dritten ist bei mittelbaren Zuwendungen aber der Inhalt des vorgefassten Plans des Schuldners, wenn dieser den Empfänger begünstigen will. Möchte der Schuldner diesen Plan nun auch verwirklichen, wird das Risiko der beabsichtigten Vermögensverschiebung bereits durch die Handlung hervorgerufen, durch die der Schuldner die Verschiebung in die Wege leitet und somit ermöglicht. Wenn nun daran anknüpfend durch eine weitere Handlung der Mittelsperson die geplante Vermögensverschiebung tatsächlich herbeigeführt wird, hat sich hierin letztlich also nur das Risiko realisiert, das von der vorherigen Handlung des Schuldners schon begründet wurde. In der Konsequenz besteht zwischen der Handlung des Schuldners und derjenigen der Mittelsperson wiederum ein Risikozusammenhang, durch den es gerechtfertigt ist, die Handlung der Mittelsperson derjenigen des Schuldners zuzurechnen.

Während diese Ausführungen noch etwas abstrakt klingen, lässt sich jedoch der Gedanke eines Risikozusammenhangs am Beispielsfall der klassischen Anweisungsfälle besonders gut veranschaulichen. In den Anweisungsfällen findet zwischen dem Schuldner und dem Empfänger eine Vermögensverschiebung statt, indem der Schuldner infolge seiner Anweisung (= Handlung des Schuldners) einen Lieferanspruch gegen die Mittelsperson verliert, wohingegen der Empfänger den Gegenwert dieses Anspruchs in Form der Lieferung (= Handlung der Mittelsperson) erhält.

*Illustration:*



Will man nun über das Kriterium des Risikozusammenhangs begründen, weshalb eigentlich der Anweisung des Schuldners die Lieferung der Mittelsperson zugerechnet werden kann, bedarf es hierfür im Grunde lediglich einer einfachen Zwei-Schritt-Prüfung:

<sup>86</sup> Vgl. allgemein BGH, NJW 1991, 2568; MüKo/Oetker, BGB, § 249 Rn. 121. Vgl. auch zu den besonders im Strafrecht stark entwickelten Kriterien eines Zurechnungszusammenhangs etwa Schönke/Schröder/Eisele, StGB, vor §§ 13 Rn. 71 ff.

In einem ersten Schritt gilt es zu untersuchen, welche Risiken die Anweisung des Schuldners für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger hervorgerufen hat. Die Anweisung ermächtigt gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB die Mittelsperson zu einer schuldbeitragenden Lieferung an den Empfänger. Erst hierdurch wird es ermöglicht, dass zwischen dem Schuldner und dem Empfänger die oben beschriebene Vermögensverschiebung stattfinden kann. Für die Gläubiger des Schuldners begründet damit die Anweisung also vor allem das Risiko, dass aufgrund der Lieferung an den Empfänger das Schuldnervermögen belastet wird, weil der Lieferanspruch gegen die Mittelsperson erlischt.

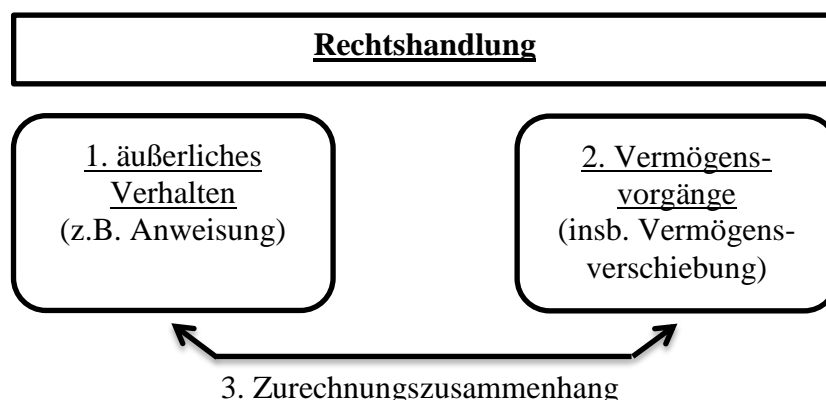
In einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob sich eben dieses Risiko in der zuzurechnenden Begünstigung des Empfängers realisiert hat. Dies ist in den Anweisungsfällen immer dann der Fall, wenn die Anweisung des Schuldners von der Mittelsperson auch tatsächlich ausgeführt, das heißt geliefert wurde. Denn dann verwirklicht sich mit der Lieferung an den Empfänger ebenso das Risiko der Anweisung, dass der Lieferanspruch des Schuldners gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB verloren geht. Deshalb lässt sich zwischen der Anweisung des Schuldners und der Lieferung der Mittelsperson ein Risikozusammenhang ziehen.

### cc) **Materielle Erweiterung des Begriffs der Rechtshandlung**

Aufgrund dieses Risikozusammenhangs kann der Handlung des Schuldners also die Verwirklichung des von Anfang an gewollten Ziels zugerechnet werden. Damit lässt sich aber auch mittels juristischer Methodik herleiten, dass gegenüber dem Empfänger einer mittelbaren Zuwendung eine anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners vorgenommen wurde. Wenn man deshalb zur Begründung dieses Ergebnisses auf die Heranziehung von methodisch fragwürdigen »wirtschaftlichen Betrachtungsweisen« verzichten und stattdessen eben auf den Risikozusammenhang verweisen kann, muss dann allerdings der anfechtungsrechtliche Begriff der Rechtshandlung um das Kriterium eines solchen Risikozusammenhangs konsequenterweise erweitert werden.

In der Folge ist die Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG nach hier vertretener Auffassung insgesamt nicht mehr nur in einem formal-natürlichen, sondern vielmehr als spezifisch anfechtungsrechtliche Zurechnungsproblematik in einem *materiell-wertenden* Sinne zu verstehen. Für die Bestimmung einer anfechtungsfähigen Rechtshandlung reicht es deshalb nicht etwa aus, auf das äußerlich erkennbare Verhalten abzustellen. Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts muss sich vielmehr bereits im Rahmen des Begriffs der Rechtshandlung darüber hinaus auch gefragt werden, welche Vermögensvorgänge diesem Verhalten überhaupt zugerechnet werden können. Damit enthält der Begriff der Rechtshandlung letztlich allerdings gleich *drei Elemente*, nämlich erstens das äußerlich in Erscheinung tretende Verhalten, zweitens der jeweilige Vermögensvorgang und drittens der zwischen dem Verhalten und dem Vermögensvorgang bestehende Zurechnungszusammenhang.

*Illustration:*



**dd) Regelungspotential eines materiell-wertenden Begriffsverständnisses**

Setzt man ein solch materiell-wertendes Verständnis der Rechtshandlung konsequent um, ergibt sich freilich schon innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung ein nicht zu unterschätzendes Regelungspotential. Über die drei Elemente der Rechtshandlung ließe sich nämlich nicht nur eine Ausweitung, sondern auch eine Einengung der Anfechtungsmöglichkeiten begründen. Denn so wie das Vorliegen einer anfechtbaren Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG stets unverzichtbar ist, müssten die drei Kriterien der Rechtshandlung für jeden Fall der Anfechtung – das heißt auch unabhängig vom konkreten Anfechtungstatbestand – bejaht werden können. Nur wenn und soweit hiernach von einer Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG auszugehen wäre, könnte eine Anfechtung überhaupt in Betracht kommen; anderenfalls müsste sie hingegen schon von vornherein ausscheiden. Die drei Voraussetzungen einer Rechtshandlung bildeten somit bereits ganz allgemein einen ersten groben „Filter“, der zur rechtsdogmatischen Begründung einer anfechtungsrechtlichen Lösung herangezogen werden könnte.

In diesem Sinne mag mit dem Kriterium eines Zurechnungs- bzw. Risikozusammenhangs etwa auch das allgemein anerkannte Ergebnis begründet werden, weshalb eigentlich bei mittelbaren Zuwendungen gegenüber der Mittelsperson eine Anfechtung grundsätzlich ausscheidet.<sup>87</sup> Denn im Sinne eines Risikozusammenhangs wäre für eine Anfechtbarkeit gegenüber der Mittelsperson erforderlich, dass auch die Einschaltung der Mittelsperson ein Risiko für die Gläubiger beinhaltet, das sich realisierte. Hiervon ist im Normalfall jedoch gerade nicht auszugehen. Denn allein durch die Einschaltung der Mittelsperson – das heißt durch die Mittelbarkeit der Zuwendung – werden die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger in der Regel nicht beeinträchtigt. Vielmehr sind die Befriedigungsmöglichkeiten im Falle einer mittelbaren Zuwendung typischerweise genauso geschmälert, wie im Falle einer unmittelbaren Zuwendung. Soweit daher die Einschaltung der Mittelsperson für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ohne Bedeutung ist, kann sich hierin aber auch kein Risiko verwirklicht haben, das anfechtungsrechtlich relevant wäre. In der Folge fehlt es gegenüber der Mittelsperson an einem Risiko- bzw. Zurechnungszusammenhang. Sieht man eben diesen Zusammenhang wiederum als Voraussetzung einer anfechtbaren Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG an, lässt sich also bereits mit dem Fehlen einer solchen Rechtshandlung die Unanfechtbarkeit gegenüber der Mittelsperson rechtsdogmatisch erklären.

Dabei steht diese Begründung der Unanfechtbarkeit, das heißt, dass bei einer mittelbaren Zuwendung gegenüber der Mittelsperson schon keine Rechtshandlung vorgenommen wurde, zwar mit der tatsächlichen Handlung des Schuldners im Widerspruch. Dies mag jedoch allenfalls aus einer rein formal-natürlichen Betrachtung zu verwundern. Versteht man den Begriff der Rechtshandlung hingegen in einem materiell-wertenden Sinne – und dies ist unvermeidlich, will man eine mittelbare Zuwendung rechtsdogmatisch überhaupt begründen können –, ist diese Erklärung unproblematisch möglich.

Aber auch außerhalb mittelbarer Zuwendungen könnte anhand eines materiell-wertenden Verständnisses die anfechtungsrechtliche Lösung schon im Begriff der Rechtshandlung gefunden werden. Denn so wie die Einschaltung einer Mittelsperson für die Gläubiger im Regelfall kein relevantes Risiko beinhaltet, ist es durchaus denkbar, dass es auch in anderen Fällen bereits an einem solchen Risiko fehlt. Dies ist nämlich insbesondere dann der Fall, wenn die Handlung von vornherein außerhalb des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts steht. Gemeint sind damit all diejenigen Handlungen, an deren Verhinderung für die Gläubiger schlechterdings kein schützenswertes Interesse besteht. Denn berührt eine Handlung generell kein Gläubigerinteresse, zu dessen Schutz das Anfechtungsrecht berufen ist, kann ihr ein anfechtungsrechtlich

---

<sup>87</sup> Siehe hierzu bereits unter A.II, Seite 5.

relevantes Risiko auch nicht innewohnen. Selbst wenn die Handlung im Ergebnis zu einer Verringerung des Schuldnervermögens führte, könnte dies also nicht auf der Verwirklichung eines relevanten Risikos basieren. So wie es folglich stets an einem Risiko- bzw. Zurechnungszusammenhang fehlte, wäre deshalb auch das Vorliegen einer anfechtbaren Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG ausgeschlossen.

Insofern wäre es insbesondere zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit des Schuldners vorstellbar, dass Handlungen einer Anfechtung entzogen sind, weil sie mangels eines schützenswerten Interesses der Gläubiger noch keine Rechtshandlungen im anfechtungsrechtlichen Sinne darstellen. Und tatsächlich ist zu beobachten, dass der herrschenden Meinung eine solch schutzzweckorientierte Betrachtung im Rahmen der Rechtshandlung wenigstens nicht gänzlich fremd ist. Denn es ist zumindest anerkannt, dass höchstpersönliche Handlungen des Schuldners eine anfechtbare Rechtshandlung nicht begründen können, selbst wenn sie das Vermögen des Schuldners belasten.<sup>88</sup> Folglich sind insbesondere die Eingehung einer Ehe, die Adoption eines Kindes oder die Ausschlagung einer Erbschaft mangels einer anfechtbaren Rechtshandlung einer Gläubigeranfechtung von vornherein entzogen.<sup>89</sup>

Diesem Ausschluss der Anfechtbarkeit liegt erkennbar die Erwägung zugrunde, dass die Gläubiger an der Verhinderung solcher Handlungen kein schützenswertes Interesse besitzen können, weil in diesem Bereich der Schuldner seine Handlungsfähigkeit noch behalten soll. Wenn somit ein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko nicht besteht, so dass eine Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne ausscheidet, müssen nach hier vertretener Auffassung allerdings entsprechende Erwägungen zulässig sein, falls es auch noch außerhalb von höchstpersönlichen Handlungen bereits von vornherein an einem entgegenstehenden Interesse der Gläubiger fehlt.

In diesem Sinne besitzt die materielle Entwicklung des Begriffs der Rechtshandlung als anfechtungsrechtliche Zurechnungsfrage also das Potential, insbesondere über Schutzzweckerwägungen bestimmte Vermögensvorgänge schon innerhalb der §§ 129 InsO, 1 AnfG in die Anfechtbarkeit entweder miteinzubeziehen oder aus dieser auszuklammern. Kommt es in dieser Hinsicht auf die Prüfung des konkret einschlägigen Anfechtungstatbestandes noch gar nicht an, werden auf der Kehrseite die Tatbestände von der Aufgabe einer Lösungsfindung wiederum entlastet.

#### e) **Unerheblichkeit der Person des Handelnden?**

Demgegenüber schlägt die herrschende Meinung im Normalfall den genau umgekehrten Weg ein, indem sie die Beurteilung der Anfechtbarkeit auf die Frage des einschlägigen Tatbestandes weitgehend verlagert. Dieses tatbestandsfixierte Vorgehen der herrschenden Ansicht wird auch darin deutlich, dass üblicherweise davon ausgegangen wird, dass aus dem Begriff der Rechtshandlung noch keine Einschränkung hinsichtlich ihres Urhebers folgen soll. Denn anders als § 1 Abs. 1 AnfG lässt der Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO die Person des Handelnden noch völlig offen. Nach herrschender Meinung soll sich daher im Rahmen der Insolvenzanfechtung eine weitere Eingrenzung der Urheberschaft der Rechtshandlung erst durch die Tatbestände ergeben,<sup>90</sup> so dass die Rechtshandlung grundsätzlich von jedermann vorgenommen werden könne.<sup>91</sup> Ein solch weites Verständnis erscheint allerdings schon deshalb problema-

<sup>88</sup> BGH, NJW 2013, 692 Rn. 9; Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 17; Huber, AnfG, § 1 Rn. 27 f.; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 146; Ehrlicke, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 6 und 10.

<sup>89</sup> Siehe die vorherige Fn.

<sup>90</sup> So insbesondere Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.30.

<sup>91</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 34; Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 5; Häsemeyer, aaO; Ehrlicke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 19. Vgl. auch Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 136.

tisch, weil eine Rechtshandlung gemäß § 129 Abs. 2 InsO auch in einem Unterlassen liegen kann, so dass sie folglich bereits in Betracht käme, wenn nur irgendjemand es unterlassen hat, von einer denkbaren Eingriffsmöglichkeit Gebrauch zu machen.

Hingegen verdeutlicht gerade der Fall des Unterlassens nochmals das Verständnis des Begriffs der Rechtshandlung als anfechtungsspezifische Zurechnungsproblematik. Denn bei einem bloßen Unterlassen wird eine Handlung im formal-natürlichen Sinne schon gar nicht vorgenommen, so dass eine solche auch nicht angefochten werden kann. Vielmehr zwingt der Fall des Unterlassens bereits von vornherein zu einer materiellen Begriffsauslegung, so dass für das Vorliegen einer Rechtshandlung allein maßgeblich sein kann, ob der infragestehende Vermögensvorgang bei einer wertenden Betrachtung jemandem zugerechnet werden kann.

Für diese Zurechnung kann nach den allgemeinen Regeln die subjektive Verantwortlichkeit allerdings nicht außer Betracht bleiben. Denn ein Zurechnungszusammenhang hat neben einer objektiven Komponente auch eine subjektive. In diesem Sinne müsste vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts also danach zu fragen sein, wen für die Aufrechterhaltung der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger subjektiv überhaupt eine Verantwortung trifft, so dass abgesehen von Sonderfällen grundsätzlich nur das Verhalten des Schuldners geeignet sein dürfte, eine anfechtbare Rechtshandlung zu begründen.<sup>92</sup> Hingegen ist nach der herrschenden Meinung eine solch einschränkende subjektive Verantwortlichkeit bei der Beurteilung der Rechtshandlung selbst im Fall des Unterlassens prinzipiell nicht erforderlich.<sup>93</sup>

#### **f) Zwischenfazit**

Bis hierhin soll hinsichtlich des Begriffs der Rechtshandlung zunächst festgehalten werden, dass die herrschende Meinung auf die Entwicklung anfechtungsspezifischer materieller Kriterien verzichtet. Insbesondere am Beispiel der mittelbaren Zuwendung hat sich vielmehr gezeigt, dass statt juristischer Dogmatik eine wirtschaftliche Betrachtung angestrengt wird. Gegen eine solche Vorgehensweise bestehen allerdings nicht nur methodische Bedenken, sondern darüber hinaus wird vor allem die Möglichkeit ungenutzt gelassen, anhand eines materiell aufgewerteten Begriffs der Rechtshandlung unabhängig von den Anfechtungstatbeständen die Grundlinien der Anfechtbarkeit bereits vorzuzeichnen.

Insofern würde sich durch das Verständnis der Rechtshandlung als anfechtungsspezifische Zurechnungsproblematik ein nicht zu unterschätzendes Regelungspotential eröffnen, indem anhand der Kriterien eines Zurechnungszusammenhangs wertende Betrachtungen ermöglicht würden, ohne dabei den Boden juristischer Methodik verlassen zu müssen. Insbesondere vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts könnten auf diesem Wege bereits im Rahmen des Begriffs der Rechtshandlung Vermögensvorgänge in die Anfechtung entweder einbezogen oder von dieser ausgeklammert werden. Demgegenüber versperrt sich die herrschende Meinung diesem Regelungspotential, indem sie die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung primär auf die Anfechtungstatbestände verlagert.

---

<sup>92</sup> Dem entspricht es zumindest im Ergebnis, wenn MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 29 darauf hinweist, dass »praktisch fast nur Unterlassungen des Schuldners selbst« als Rechtshandlung in Betracht kommen können.

<sup>93</sup> Vgl. etwa Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 118, wonach eine »Garantenstellung nach allgemeinen Regeln« nicht zu fordern sei.

## 2) Gläubigerbenachteiligung

Das Fehlen eines materiell-wertenden Verständnisses des Begriffs der Rechtshandlung beruht jedoch nicht nur darauf, dass traditionell allein die Anfechtungstatbestände im Mittelpunkt stehen. Es liegt auch darin begründet, dass auf die soeben erarbeiteten drei Elemente eines materiellen Begriffs der Rechtshandlung aus Sicht der herrschenden Meinung gar nicht erst zurückgegriffen werden kann. Die Idee, den Begriff der Rechtshandlung als materielle Zu-rechnungsproblematik aufzufassen, kann nämlich nur umgesetzt werden, wenn überhaupt et-was zur Verfügung steht, was einem äußerlichen Verhalten zugerechnet werden könnte. Die-ses zuzurechnende Geschehen ist im Anfechtungsrecht stets ein Vorgang, der das Vermögen des Schuldners belastet. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Vermögensbelastung deshalb ein ganz wesentlicher Bestandteil des Begriffs der Rechtshandlung. Demgegenüber wird allerdings herkömmlicherweise die Belastung des Schuldnervermögens nicht mehr der Rechtshandlung zugeordnet, sondern bereits als Element des nachgelagerten Begriffs der Gläubigerbenachteiligung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG angesehen.

In diesem Sinne hat sich als Definition der Gläubigerbenachteiligung die gängige Formulie-rung durchgesetzt, dass die Benachteiligung »in einer Verringerung der Aktiva oder einer Vermehrung der Passiva« des Schuldnervermögens – das heißt also in der Belastung des Vermögens – zu erkennen sei.<sup>94</sup> Nach der traditionellen Sichtweise wird die Vermögensbelas-tung mit dem Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung somit begrifflich zumindest vermischt, wenn nicht sogar synonym verwendet.<sup>95</sup> Hierdurch wird jedoch nicht nur dem Begriff der Rechtshandlung die Komponente der Vermögensbelastung entzogen. Vielmehr erfährt auf der Kehrseite der Begriff der Gläubigerbenachteiligung auch eine unpräzise Vermengung mit aus seiner Sicht vorgelagerten Aspekten.

Gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG ist eine Rechtshandlung nur dann anfechtbar, wenn sie die Gläubiger benachteiligt. Nach hier vertretener Auffassung kann mit dieser Benachteiligung al-lerdings nicht gemeint sein, dass die Rechtshandlung das Schuldnervermögen belasten muss. Denn fehlte es an einer Vermögensbelastung, läge nach dem zuvor Gesagten schon keine Rechtshandlung vor. Stattdessen muss der Gläubigerbenachteiligung inhaltlich eine Bedeu-tung zukommen, die über die Belastung des Schuldnervermögens gerade hinausgeht, das heißt an diese erst *anknüpft*.

Richtigerweise darf deshalb die Vermögensbelastung mit dem Eintritt einer Gläubigerbenach-teiligung noch nicht gleichgesetzt werden.<sup>96</sup> Vielmehr wird von *Kirchhof* zu Recht darauf hingewiesen, dass die Gläubigerbenachteiligung von einer Reihe von zusätzlichen Umständen abhängt.<sup>97</sup> Insofern stellt die Vermögensbelastung bei Lichte betrachtet nur eine *Vorbedin-gung* der Gläubigerbenachteiligung dar, für deren Eintritt sie zwar zwingend notwendig ist, von dem sie selbst aber streng unterschieden werden muss. Um dies im Näheren zu verdeutli-chen, sollen die Voraussetzungen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG für die weitere Darstellung kurz festgehalten werden.

<sup>94</sup> BGH, NZI 2014, 266 Rn. 7; NJW-RR 2011, 988 Rn. 8; NJW-RR 2010, 118 Rn. 25; Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 8; Braun/de Bra, InsO, § 129 Rn. 25; Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 22; Jaeger/Henckel, In-sO, § 129 Rn. 77; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 172.

<sup>95</sup> Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 15, nach dem sich die beiden Merkmale »überschneiden« sollen. Für einen synonymen Gebrauch der Begriffe, vgl. etwa Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 76; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 140 Rn. 2.

<sup>96</sup> Richtig MüKo/Kirchhof, InsO, § 140 Rn. 5; MüKo/ders., AnfG, § 8 Rn. 5. Vgl. auch Jacoby, KTS 2009, 3, 14.

<sup>97</sup> MüKo/Kirchhof, aaO. Vgl. auch Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 48 f.



**a) Allgemeine Grundsätze aus § 129 InsO und § 1 AnfG**

Dass zur Feststellung einer Gläubigerbenachteiligung die Belastung des Schuldnervermögens tatsächlich noch nicht ausreicht, wird immer dann ersichtlich, wenn die gängige Definition der Gläubigerbenachteiligung oftmals durch den weiteren Passus ergänzt wird, dass durch die Verringerung der Aktiva oder Vermehrung der Passiva auch »der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert« werden müsse.<sup>98</sup> Erforderlich ist damit also, dass sich die Vermögensbelastung in der Weise auswirkt, dass der Zugriff auf das Schuldnervermögen für die Gläubiger beeinträchtigt wird. Ohne die Auswirkung einer Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs werden die Gläubiger hingegen nicht im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG benachteiligt.

Durch diese Präzisierung wird jedoch deutlich, dass es für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung letztlich nicht auf die Vermögensbelastung selbst, sondern maßgeblich auf deren weiteren *Folgen* ankommen muss. Denn es ist keineswegs zwingend, dass eine Belastung des Schuldnervermögens auch tatsächlich zu einer Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs führt. Vielmehr kann eine Gläubigerbenachteiligung trotz der Vermögensbelastung aufgrund vielfältiger Gründe ausbleiben.

**aa) Finanzieller Ausfall im Vollstreckungsverfahren**

Der Zeitpunkt, der für die Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs entscheidend ist, ist jener der »Haftungsrealisierung«.<sup>99</sup> Das heißt maßgeblich für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung ist die Situation des Vollstreckungsverfahrens gegen den Schuldner.<sup>100</sup> Damit in diesem Verfahren die Gläubiger durch die anzufechtende Rechtshandlung benachteiligt werden können, ist es als Vorbedingung zunächst freilich erforderlich, dass die Handlung das Vermögen des Schuldners belastet. Denn sowohl im Insolvenz- als auch im Einzelanfechtungsrecht, sind die benachteiligten Gläubiger stets die Gläubiger einer Geldforderung,<sup>101</sup> deren Befriedigung gemäß § 159 InsO und §§ 802a ff. ZPO durch die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners erfolgt. Blicke das Schuldnervermögen durch die Handlung hingegen unbelastet, könnten die Gläubiger auf das Vermögen weiterhin ungemindert zugreifen, so dass eine benachteiligende Wirkung von vornherein ausgeschlossen wäre.

Dabei ist es jedoch wichtig herauszustellen, dass es sich bei der Vermögensbelastung nur um den Ausgangspunkt handelt, durch welchen eine gläubigerbenachteiligende Wirkung der Handlung zwar möglich, aber deshalb nicht auch schon begründet wird. Insofern ist es zwar richtig, wenn regelmäßig betont wird, dass bereits die Belastung des Schuldnervermögens die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger schmälert.<sup>102</sup> Für den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung kann dies allein allerdings noch nicht ausreichen, weil durch die Vermögensbelastung eben nur die *Möglichkeiten* einer Befriedigung betroffen sind. In diesem Sinne stellt zum Beispiel der Verlust eines Vermögensgegenstandes für die Gläubiger zunächst lediglich einen „Optionsverlust“ dar, weil den Gläubigern der Gegenstand als Haftungsmasse verloren geht, so dass ihnen ein möglicher Weg zur Befriedigung versperrt wird. Damit ist jedoch noch

---

<sup>98</sup> BGH, NJW 2008, 655 Rn. 18; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 63; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 77.

<sup>99</sup> Vgl. Zeuner, Anfechtung, Rn. 45.

<sup>100</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 76, der darauf hinweist, dass »der Nachteil gerade in der Beeinträchtigung des den Gläubigern im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung haftenden Schuldnervermögens bestehen« muss.

<sup>101</sup> Das Gläubigeranfechtungsrecht dient nur dem Schutz von Geldforderungen, vgl. G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 301. Für die Insolvenzanfechtung folgt dies bereits daraus, dass in einem Insolvenzverfahren gemäß § 45 InsO allein Geldforderungen befriedigt werden, während die Einzelanfechtung gemäß § 2 AnfG nur Gläubigern einer Geldforderung offensteht, vgl. MüKo/Kirchhof, AnfG, § 2 Rn. 13; Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 2 Rn. 11.

<sup>102</sup> Vgl. BGH, NJW 2010, 3578 Rn. 19; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 77; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 160.

nicht gesagt, dass den Gläubigern zur Befriedigung auch keine vergleichbaren Wege mehr offenstünden.

Gerade weil es sich bei den Gläubigern im Anfechtungsrecht stets um Geldgläubiger handelt, haben sie keinen Anspruch auf den Zugriff auf einen konkreten Vermögensgegenstand. Stattdessen geht es bei der Befriedigung von Geldgläubigern stets um den abstrakten Geldwert, welcher durch den konkreten Gegenstand lediglich als Haftungsmasse verkörpert wird. In der Konsequenz ist es für die Gläubiger jedoch unerheblich, auf welchen konkreten Gegenstand sie im Vollstreckungsverfahren im Einzelnen zugreifen, solange nur der ihnen zustehende Geldwert in vergleichbarer Weise erzielt werden kann. Erst wenn dies nicht mehr der Fall ist, das heißt, wenn die Gläubiger im Vollstreckungsverfahren einen finanziellen Ausfall erleiden, kann davon gesprochen werden, dass die vermögensbelastende Rechtshandlung die Gläubiger gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG benachteiligt.

#### **bb) Allgemeine Ausschlussgründe einer Gläubigerbenachteiligung**

In diesem Sinne ist eine Gläubigerbenachteiligung trotz einer Belastung des Schuldnervermögens nach einhelliger Ansicht insbesondere dann stets ausgeschlossen, wenn und weil die verbliebenen Vermögenswerte für eine vollständige Befriedigung der Forderungen der Gläubiger noch ausreichen.<sup>103</sup> Das heißt also ganz unabhängig davon, wie sehr die Rechtshandlung das Schuldnervermögen auch belasten und dadurch die Möglichkeiten einer Befriedigung der Gläubiger schmälern mag, führt dies noch nicht zu einer tatsächlichen Benachteiligung der Gläubiger, solange es für die Gläubiger noch genügend alternative Befriedigungsmöglichkeiten gibt, die einen finanziellen Ausfall im Vollstreckungsverfahren verhindern.

Doch selbst wenn ein solcher Ausfall eintritt, weil die Forderungen der Gläubiger nicht vollständig befriedigt werden können, muss die Belastung des Schuldnervermögens den Zugriff der Gläubiger nicht notwendigerweise beeinträchtigt haben. Vielmehr muss eine gläubigerbenachteiligende Wirkung der Vermögensbelastung immer dann bereits von Anfang an ausscheiden, wenn der verlorene Vermögenswert zur Befriedigung der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren ohnehin untauglich gewesen wäre, wenn und weil er dem Gläubigerzugriff schon von vornherein nicht unterlag.<sup>104</sup> Deshalb ist es zu Recht ganz herrschende Meinung, dass der Verlust eines unpfändbaren<sup>105</sup> oder zu seinem vollen Wert bereits belasteten<sup>106</sup> Gegenstandes eine Benachteiligung der Gläubiger nicht begründet.

#### **cc) Ausschluss durch gleichwertige Vermögensvorteile der Rechtshandlung**

Abhängig von der anzufechtenden Rechtshandlung kann eine Gläubigerbenachteiligung darüber hinaus auch noch durch gleichwertige Vermögensvorteile ausgeschlossen werden. Denn gleichwertige Vermögensvorteile können die negativen Folgen einer Vermögensbelastung wieder neutralisieren, so dass der Vermögenssaldo des Schuldners aufrechterhalten bleibt und

<sup>103</sup> Vgl. für die Insolvenzanfechtung nur Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 85; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 107; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 165. Für die Einzelanfechtung folgt dies bereits aus § 2 AnfG, wonach eine Anfechtung eine erfolg- oder aussichtslose Zwangsvollstreckung voraussetzt.

<sup>104</sup> BGH, NJW-RR 2004, 1493, 1494; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 198.

<sup>105</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 8; Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 23; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 80; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 84; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 76; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 68; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 184.

<sup>106</sup> Hk-ZV/Haertlein, aaO; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 79; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 109; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 104; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 64; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 200.

die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger trotz der Vermögensbelastung im Ergebnis nicht beeinträchtigt sind.<sup>107</sup>

Allerdings steht die Berücksichtigung von ausgleichenden Vermögensvorteilen unter engen Voraussetzungen. Denn zum einen lässt sich die Gleichwertigkeit des Vermögensvorteils nicht schon aufgrund seines nominellen Wertes bestimmen.<sup>108</sup> Vielmehr kann der Gläubigerzugriff auch bei nominell gleichwertigen Vorteilen beeinträchtigt sein, etwa weil diese Vorteile einer wirtschaftlichen Verwertbarkeit weniger zugänglich oder gar entzogen sind.<sup>109</sup> Deshalb wird hinsichtlich der realen Gleichwertigkeit des Vermögensvorteils von der herrschenden Ansicht zu Recht eine »wirtschaftliche Betrachtungsweise« herangezogen.<sup>110</sup> Im Gegensatz zur Bestimmung einer Rechtshandlung ist diese wirtschaftliche Beurteilung im Rahmen der Gläubigerbenachteiligung zwingend, da sich nur anhand ihr die Tauglichkeit des Vermögensvorteils als real verwertbare Befriedigungsmöglichkeit messen lässt.

Zum anderen werden die Ausgleichsmöglichkeiten noch dadurch eingeschränkt, dass der Vermögenssaldo für jede anzufechtende Rechtshandlung aufgrund der im Anfechtungsrecht geltenden »strengen Einzelsicht« isoliert beurteilt werden muss,<sup>111</sup> so dass ein umfassender Vorteilsausgleich nicht stattfindet.<sup>112</sup> In diesem Sinne ist im Anfechtungsrecht nicht schon jeder durch die Rechtshandlung nur kausal herbeigeführte mittelbare Folgevorteil als Ausgleich zu berücksichtigen.<sup>113</sup> Vielmehr wird nach einhelliger Ansicht eine »unmittelbare Anknüpfung« des kompensierenden Vermögensvorteils an die Rechtshandlung gefordert.<sup>114</sup>

Zu Recht wird zur Begründung angeführt, dass der Schutz des Schuldnervermögens eine solch eingeeengte Betrachtung erfordere.<sup>115</sup> Denn gemäß § 143 InsO und § 11 AnfG entsteht als Rechtsfolge einer Anfechtbarkeit nur ein begrenzter Rückgewähranspruch, der auf dasjenige beschränkt ist, was aus dem Schuldnervermögen unmittelbar verloren ging; ein umfassender Schadensersatzanspruch, der auch Folgeschäden erfasste, besteht hingegen nicht.<sup>116</sup> Gleichsam im Gegenzug können dann jedoch zum Ausschluss einer Gläubigerbenachteiligung auch nur diejenigen Vorteile im Saldo des Schuldnervermögens eine Beachtung finden, welche unmittelbar durch die konkret infragestehende Rechtshandlung entstanden sind.<sup>117</sup>

Insbesondere gilt dies nach dem zivilrechtlichen Abstraktions- und Trennungsprinzip grundsätzlich ebenso für die Beurteilung von Kausal- und Erfüllungsgeschäften.<sup>118</sup> Auch diese sind jeweils anhand ihrer unmittelbar bewirkten Vermögensänderungen zu bewerten, so dass ein negativer Vermögenssaldo durch weitere Geschäfte im Grundsatz nicht ausgeglichen werden kann.

---

<sup>107</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.22. Regelmäßig wird der Vorteil unter dem Aspekt der ausgleichenden Gegenleistung thematisiert, vgl. nur BGH, NZI 2007, 718 Rn. 9; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 112 ff.; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 62.

<sup>108</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 101; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 434.

<sup>109</sup> *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 95; MüKo/Kayser, aaO.

<sup>110</sup> Vgl. nur BGH, NZI 2014, 266 Rn. 7; *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 129 Rn. 8; *Braun/de Bra*, InsO, § 129 Rn. 25; MüKo/Kayser, aaO; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 162. Kritisch hingegen *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.19.

<sup>111</sup> Vgl. BGH, NJW 2008, 655 Rn. 18; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 55; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, aaO.

<sup>112</sup> BGH, NJW 1994, 449, 451; NZI 2005, 553, 554; 2007, 718 Rn. 10 f.; MüKo/Kayser, aaO; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, aaO.

<sup>113</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 176.

<sup>114</sup> BGH, NZI 2007, 718 Rn. 11; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 175.

<sup>115</sup> BGH, aaO.

<sup>116</sup> Vgl. in diesem Sinne auch MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 10; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 143 Rn. 107.

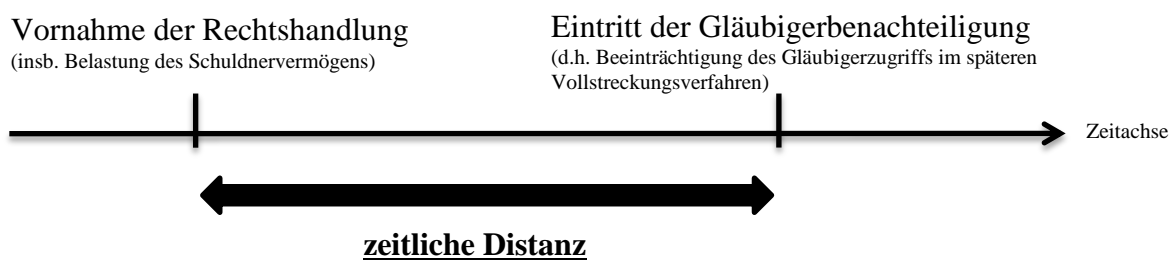
<sup>117</sup> Vgl. BGH, NZI 2005, 553, 554; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 170b.

<sup>118</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 57 f.; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 103; *Ehricke*, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 4. Siehe aber für Bargeschäfte noch unter B.I.2)c)cc(2), ab Seite 42.

**dd) Zeitliche Distanz zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung**

Trotz dieser strengen Einzelbetrachtung der Rechtshandlung ist es allerdings ausgeschlossen, dass schon zum Vornahmezeitpunkt der Rechtshandlung verbindlich festgestellt werden könnte, ob die Gläubiger im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG benachteiligt sind. Denn ganz gleich wie negativ oder positiv der unmittelbar bewirkte Vermögenssaldo auch sein mag, bleibt es doch dabei, dass für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung letztlich erst entscheidend ist, ob der Gläubigerzugriff im Vollstreckungsverfahren beeinträchtigt ist. Während die tatsächliche Feststellung einer Gläubigerbenachteiligung deshalb immer die Eröffnung eines Vollstreckungsverfahrens voraussetzt, wird die anzufechtende Rechtshandlung – namentlich gemäß § 129 InsO – jedoch stets *vor* der Verfahrenseröffnung vorgenommen.<sup>119</sup> Insofern fallen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung also zeitlich nie zusammen, sondern es besteht zwischen beiden stets eine zeitliche Distanz.

*Illustration:*



Durch diese zeitliche Distanz hängt der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung allerdings nicht nur davon ab, welche Vermögensänderungen unmittelbar mit Vornahme der Rechtshandlung entstanden sind, sondern insbesondere auch davon, wie sich diese Änderungen noch bis zur Verfahrenseröffnung weiterentwickeln.

Hat etwa das Schuldnervermögen einen Vermögensvorteil erhalten, kann dieser eine Vermögensbelastung tatsächlich nur ausgleichen, wenn der Vorteil auch noch zum Zeitpunkt des Vollstreckungsverfahrens gleichwertig ist zur Vermögensbelastung. Um dies beurteilen zu können, muss jedoch das weitere Schicksal von beiden Vermögensänderungen berücksichtigt werden. Nur auf diese Weise kann festgestellt werden, welche Auswirkungen die Rechtshandlung auf den späteren Gläubigerzugriff tatsächlich zeitigt. In diesem Sinne kommt es für den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung also immer auf die *längerfristigen* Auswirkungen der Rechtshandlung an.

Demgemäß entspricht es allgemeiner Ansicht, dass eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG auch dann vorliegt, wenn eine ursprünglich neutrale oder sogar vorteilhafte Rechtshandlung, erst aufgrund der anschließenden Entwicklung bis zum Vollstreckungsverfahren zu einer Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs führt.<sup>120</sup> Dies kann beispielsweise der Fall sein, weil die Vermögensbelastung zunächst noch durch eine gleichwertige Gegenleistung ausgeglichen wurde, letztere aber im weiteren Fortgang an wirtschaftlichem Wert wieder verloren hat.

<sup>119</sup> So schon der Wortlaut des § 129 InsO, siehe nur MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 74. Im Rahmen des AnfG ergibt sich dieses Erfordernis indirekt aus den Tatbeständen, die eine *vor* der Anfechtung vorgenommene Rechtshandlung voraussetzen, vgl. §§ 3, 4 AnfG. Die Anfechtung ist wiederum nur bei einem erfolg- oder aussichtslosen Vollstreckungsversuch möglich, vgl. § 2 AnfG.

<sup>120</sup> BGH, NJW 2000, 1259, 1261; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 122; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 121; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 245.

Aber auch der umgekehrte Fall ist unstreitig möglich. Denn es ist durchaus denkbar, dass eine ursprünglich ungünstige Rechtshandlung, die das Schuldnervermögen per Saldo zunächst schmälerte, gleichwohl nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung führt, weil sich die Vermögensänderungen bis zum Vollstreckungsverfahren noch positiv entwickeln. So kann etwa eine zunächst minderwertige Gegenleistung an Wert noch hinzugewinnen,<sup>121</sup> oder aber die Belastung des Schuldnervermögens bis zur Verfahrenseröffnung schlicht nicht mehr fortbestehen.<sup>122</sup> Aufgrund dieser späteren Entwicklung kommt es in solchen Fällen nicht zu einer Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs, so dass die Rechtshandlung – trotz der ursprünglichen Verringerung des Vermögenssaldos – auch keine Auswirkungen hat, die die Gläubiger im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG benachteiligen würden.

**b) Das Tatbestandsmerkmal der »unmittelbaren« Gläubigerbenachteiligung**

Die letztgenannten Beispiele verdeutlichen nochmals, dass es zumindest unpräzise – und damit wenig hilfreich – ist, bereits die unmittelbar mit der Rechtshandlung eintretende Vermögensbelastung als Benachteiligung der Gläubiger zu bezeichnen. Korrekter wäre es, für die Gläubigerbenachteiligung nicht auf die Belastung des Schuldnervermögens, sondern erst auf die späteren Folgen im Vollstreckungsverfahren abzustellen. Trotzdem hält die herrschende Meinung an ihrer üblichen Definition der Gläubigerbenachteiligung als »Verringerung der Aktiva oder Vermehrung der Passiva« fest. Dies liegt in erster Linie wohl daran, dass sich der Begriff der Gläubigerbenachteiligung nicht nur in den Grundnormen der §§ 129 InsO, 1 AnfG wiederfindet, sondern dem Anfechtungsrecht darüber hinaus auch aus den Tatbeständen der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG bekannt ist. Denn in diesen Vorschriften wird im Unterschied zu den Grundnormen gefordert, dass die Rechtshandlung die Gläubiger gerade »unmittelbar« benachteiligen muss.

Dieser Zusatz der »Unmittelbarkeit« hat für das Verständnis des Begriffs der Gläubigerbenachteiligung auf den ersten Blick allerdings direkte Konsequenzen. Wenn es nämlich ausweislich der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG offenbar möglich ist, dass die Gläubiger bereits »unmittelbar« mit der Rechtshandlung benachteiligt werden, dann müsste prima facie eben doch die Vermögensbelastung bereits die Gläubigerbenachteiligung darstellen. Denn lediglich die Belastung des Schuldnervermögens kann mit der Handlung unmittelbar zusammenfallen. Demgegenüber treten die nachteilhaften Folgen im Vollstreckungsverfahren, aufgrund der zeitlichen Distanz zwischen Rechtshandlung und Verfahrenseröffnung nie unmittelbar ein, sondern immer erst im Nachhinein. Streng genommen dürften sie deshalb nicht erforderlich sein, um eine Gläubigerbenachteiligung bejahen zu können. Vielmehr müsste schon aufgrund der »Verringerung der Aktiva oder Vermehrung der Passiva« festgestellt werden können, dass die Gläubiger benachteiligt sind.

Während diese Überlegungen zwar für das Merkmal der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung gemäß §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG ihre Berechtigung haben mögen, stehen sie allerdings in einem offenen Widerspruch zu den oben dargestellten Grundsätzen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG. Dieser Widerspruch lässt sich nach hier vertretener Auffassung nur auflösen, indem man dem Begriff der Gläubigerbenachteiligung in §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG eine andere Bedeutung beimisst, als demjenigen in §§ 129 InsO, 1 AnfG. Eine solche Begriffstrennung wird von der herrschenden Meinung jedoch nicht vorgenommen. Stattdessen wird impliziert, dass beide Begriffe identisch seien.

---

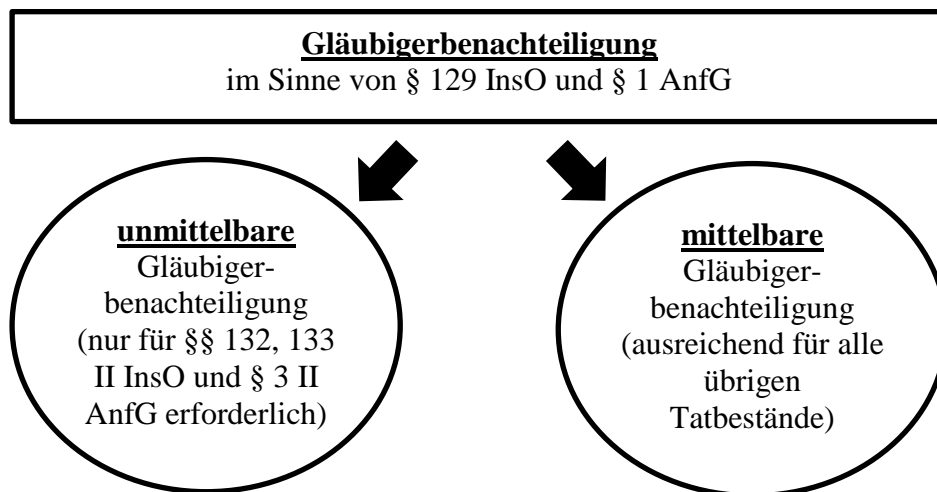
<sup>121</sup> Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.27.

<sup>122</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 85; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 178; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 257.

**aa) Unmittelbare und »mittelbare« Gläubigerbenachteiligung als Unterfälle eines gemeinsamen Oberbegriffs?**

Eben im Sinne einer Begriffsidentität geht man nämlich herkömmlicherweise davon aus, dass in den §§ 129 InsO, 1 AnfG ein einheitlicher Oberbegriff der Gläubigerbenachteiligung bestünde, von dem die unmittelbare Nachteiligkeit nur einen Unterfall darstelle. So wird einerseits im Umkehrschluss zur unmittelbaren Nachteiligkeit gefolgert, dass außerhalb der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG eine nur »mittelbare« Nachteiligkeit für eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG bereits ausreichen müsse,<sup>123</sup> während andererseits die Voraussetzungen einer Gläubigerbenachteiligung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG wiederum genauso für die unmittelbare Nachteiligkeit gelten sollen.<sup>124</sup> In der Folge stellen nach herrschender Ansicht beide Begriffe nur zwei mögliche »Arten«<sup>125</sup> derselben Gläubigerbenachteiligung dar, die sich maßgeblich allein in ihrem Betrachtungszeitpunkt unterscheiden würden.<sup>126</sup> Unter der Annahme eines gemeinsamen Oberbegriffs wird deshalb im Rahmen der §§ 129 InsO, 1 AnfG traditionellerweise zwischen den zwei Unterfällen einer mittelbaren und unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung differenziert.<sup>127</sup>

*Arten der Gläubigerbenachteiligung (laut h.M.):*



Eine solche Unterscheidung ist allerdings nicht nur dem Wortlaut der §§ 129 InsO, 1 AnfG fremd. Vielmehr ist nach dem zuvor Gesagten auch die Rückführung auf einen gemeinsamen Oberbegriff nicht friktionslos möglich. Denn die von den §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG geforderte unmittelbare Nachteiligkeit lässt sich nur zum Zeitpunkt der Rechtshandlung beurteilen. Dies folgt einerseits schon aus dem Begriff der Unmittelbarkeit selbst, andererseits aber auch daraus, dass es sich bei der unmittelbaren Nachteiligkeit um ein Merkmal von Anfechtungstatbeständen handelt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung eines Tatbe-

<sup>123</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 9; Braun/de Bra, InsO, § 129 Rn. 24; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 121; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 110; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 70; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 234.

<sup>124</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 112; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 109.

<sup>125</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 111; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 108; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 108 f.

<sup>126</sup> Vgl. MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 111 f.; Thole, Gläubigerschutz, S. 325; in demselben Sinne bereits die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 157. Insoweit zu Recht ablehnend hingegen Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.26 f.

<sup>127</sup> Siehe nur Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 9 ff.; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 111 ff.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 70 ff.; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 234 ff. Zum AnfG siehe Hk-ZN/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 28; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 108 ff. Ebenso auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 157.

standsmerkmals ist allein jener der Rechtshandlung.<sup>128</sup> Durch diese zeitliche Eingrenzung bleibt bei der Prüfung der unmittelbaren Nachteiligkeit jedoch gar kein Raum mehr, um die erst späteren Folgen im Vollstreckungsverfahren – also die tatsächliche Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs – in die Beurteilung noch miteinzubeziehen.

Allenfalls im Sinne einer hypothetischen oder prognostischen Betrachtung könnten diese Folgen überhaupt eine Berücksichtigung finden. Naturgemäß würde eine solche Hypothese oder Prognose aber mit der Wirklichkeit nicht automatisch übereinstimmen. Stattdessen könnte eine Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs aufgrund der anschließenden Entwicklung tatsächlich auch noch ausbleiben, so dass negative Folgen für die Gläubiger gar nicht eintreten. Deshalb kann es jedoch nicht richtig sein, dass die unmittelbare Nachteiligkeit im Sinne von §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG bereits eine »Art« der Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG darstellt. Vielmehr lassen sich die Voraussetzungen beider Begriffe nicht widerspruchsfrei auf einen gemeinsamen Nenner bringen.

Wenn die herrschende Meinung gleichwohl von einem gemeinsamen Oberbegriff der Gläubigerbenachteiligung ausgeht, ist dies nur mithilfe einzelfallabhängiger Korrekturen möglich. Durch diese Korrekturen wird der Begriffsinhalt jedoch notwendigerweise unscharf, so dass seine vermeintlichen Unterfälle ebenso an Schärfe verlieren. Es wundert daher nicht, wenn hinsichtlich der Abgrenzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung im Einzelfall beträchtliche Unsicherheiten bestehen,<sup>129</sup> von denen im Folgenden einige thematisiert werden sollen.

Dabei wird sich zeigen, dass die herrschende Meinung die unmittelbare Nachteiligkeit nicht nur mit dem Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG vermennt, sondern ihr auch im Rahmen eines sogenannten Bargeschäfts im Sinne von § 142 InsO eine entscheidende Rolle zumisst. Für die Bedeutung einer unmittelbaren Nachteiligkeit wird hierdurch die unklare Gemengelage jedoch noch weiter vergrößert, was aufgrund des gemeinsamen Oberbegriffs dazu führt, dass sich bei der Abgrenzung zwischen den »Arten« der Gläubigerbenachteiligung je nach Einzelfall sogar noch ein zusätzlicher Korrekturbedarf ergibt. Während diese Korrekturen als solche zwar nicht immer offen gekennzeichnet sind, wird durch sie aber das Verständnis der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht« gerade befeuert.

### **(1) Unterschiedlicher Betrachtungszeitpunkt**

Weitgehende Klarheit besteht zunächst nur hinsichtlich des Ausgangspunkts der Einteilung in mittelbare und unmittelbare Gläubigerbenachteiligungen. So ist die Unterscheidung nach allgemeiner Ansicht zumindest in einem zeitlichen Sinne zu verstehen, so dass sie vor allem anhand des maßgeblichen Betrachtungszeitpunktes erfolgt.<sup>130</sup> Demnach reicht für eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung der Eintritt zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung aus,<sup>131</sup> so dass die längerfristigen Entwicklungen berücksichtigt werden müssen. Dies steht im Einklang zu dem oben erläuterten Begriff der Gläubigerbenachteiligung aus den Grundnormen der §§ 129 InsO, 1 AnfG.

---

<sup>128</sup> Vgl. MüKo/Kirchhof, InsO, § 140 Rn. 3 f.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 140 Rn. 5.

<sup>129</sup> Die Abgrenzung soll im Einzelfall selbst von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht sicher gehandhabt werden. So wird dem BFH, NV 1999, 745, 746 f. von MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 123 (dort Fn. 617) eine Verwechslung von mittelbarer und unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung vorgeworfen.

<sup>130</sup> So ausdrücklich Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 83; Thole, Gläubigerschutz, S. 325. Vgl. auch MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 112.

<sup>131</sup> Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 33; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 125; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 114; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 85; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 256; Thole, Gläubigerschutz, aaO.

Hingegen soll für die unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG auch nach der herrschenden Meinung allein auf den Vornahmezeitpunkt der Rechtshandlung abzustellen sein.<sup>132</sup> Anders als im Rahmen der Grundnormen sind für das Eintreten einer unmittelbaren Nachteiligkeit deshalb alle »späteren« Umstände außer Betracht zu lassen,<sup>133</sup> so dass insbesondere die nachfolgende Entwicklung der betroffenen Vermögenspositionen – wie etwa der spätere Wertverlust einer Gegenleistung – für die Unmittelbarkeit der Gläubigerbenachteiligung nach allgemeiner Ansicht irrelevant sein soll.<sup>134</sup>

## (2) **Keine unmittelbare Nachteiligkeit trotz befriedigungsuntauglicher Gegenleistung?**

Geht die herrschende Meinung nun auf der Grundlage eines gemeinsamen Oberbegriffs davon aus, dass zur Bejahung einer unmittelbaren Nachteiligkeit die übrigen Voraussetzungen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG unverändert gelten,<sup>135</sup> müsste dies im Umkehrschluss auch für die Umstände gelten, die eine solche Gläubigerbenachteiligung noch unmittelbar ausschließen können. Insofern kommen vor allem Vermögensvorteile in Betracht, die als gleichwertige Gegenleistung bereits mit der Rechtshandlung eintreten. Aufgrund des gemeinsamen Oberbegriffs müsste also für die Gleichwertigkeit solcher Gegenleistungen, im Rahmen der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung derselbe Maßstab gelten, wie er oben bereits für die §§ 129 InsO, 1 AnfG dargestellt wurde.

Insbesondere dürfte es für einen Ausschluss der unmittelbaren Nachteiligkeit noch nicht ausreichend sein, dass eine Gegenleistung allein ihrem nominellen Werte nach oder aufgrund eines allgemeinen Vorteilsausgleichs als gleichwertig anzusehen ist. Vielmehr müsste die Gleichwertigkeit der Gegenleistung gerade anhand ihrer für sich zu betrachtenden wirtschaftlichen Verwertbarkeit zu bemessen sein.<sup>136</sup> Wie bei den §§ 129 InsO, 1 AnfG sollte für die Gleichwertigkeit also nur maßgeblich sein, dass die Gegenleistung für die Gläubiger bereits ein taugliches Haftungsobjekt darstellt, das die Befriedigungsmöglichkeiten aufrechterhält.

### (a) **Fehlen der unmittelbaren Nachteiligkeit bei einem Bargeschäft?**

In eben diesem Sinne wird zum Ausschluss der unmittelbaren Nachteiligkeit zwar üblicherweise auch noch folgerichtig vorausgesetzt, dass die vom Schuldner erhaltene Gegenleistung für die Gläubiger eine »gleichwertige Befriedigungsmöglichkeit« darstellen müsse.<sup>137</sup> Bei genauerer Betrachtung wird diese Konsequenz im Einzelfall jedoch nur halbherzig gezogen. Vielmehr ist zu beobachten, dass die Gleichwertigkeit der Gegenleistung je nach Konstellation tatsächlich deutlich lockerer gehandhabt wird. So werden zum Ausschluss einer unmittelbaren Nachteiligkeit vor allem dann Erleichterungen vorgenommen, wenn zugleich das Vorliegen eines Bargeschäfts im Sinne von § 142 InsO im Raume steht.

Bargeschäfte haben die Besonderheit, dass sie einer Anfechtbarkeit gemäß § 142 InsO weitgehend entzogen sind. Zur Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit des Schuldners ist es rechtspolitisch nämlich gewollt, dass Bargeschäfte trotz einer finanziellen

<sup>132</sup> BGH, NZI 2007, 718 Rn. 9; Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 31; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 113; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 84; Thole, Gläubigerschutz, S. 326; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 254.

<sup>133</sup> BGH, aaO; MüKo/Kayser, aaO. Vgl. auch Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 91.

<sup>134</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 98; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 112; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 72 f; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 254.

<sup>135</sup> MüKo/Kayser, aaO; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 109.

<sup>136</sup> Denn dies sind die Maßstäbe für die Gleichwertigkeit der Gegenleistung innerhalb der § 129 InsO und § 1 AnfG. Siehe dazu bereits oben unter B.I.2)a)cc), Seite 25.

<sup>137</sup> So insbesondere Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 10; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 95; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 242. Vgl. auch MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 116 ff.



Krise des Schuldners noch anfechtungsfest vorgenommen werden können.<sup>138</sup> Die wohl herrschende Meinung geht nun davon aus, dass diese Privilegierung rechtsdogmatisch damit zu begründen sei, dass es bei Bargeschäften an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehle.<sup>139</sup> Denn nach dem Wortlaut des § 142 InsO erhält der Schuldner bei Bargeschäften für seine Leistung »unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung«.

Um deshalb zugunsten eines Bargeschäfts eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung verneinen zu können, wird die Gleichwertigkeit der Gegenleistung allerdings nicht nur aufgrund ihrer Befriedigungstauglichkeit für die Gläubiger beurteilt, sondern zumindest unterschwellig auch unter dem Aspekt, ob die Privilegierung durch ein Bargeschäft wünschenswert erscheint.

### **(b) Inkonsequenzen bei der Bewertung der Gegenleistung**

Wie später noch ausführlich zu zeigen sein wird, ist die These, dass es bei Bargeschäften an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehle, schon wenig überzeugend.<sup>140</sup> Geht man aber mit der herrschenden Meinung zugleich auch noch davon aus, dass die unmittelbare Nachteiligkeit wiederum einen Unterfall eines gemeinsamen Oberbegriffs aus §§ 129 InsO, 1 AnfG darstellen soll, lassen sich bei der Bewertung der Gegenleistung Inkonsequenzen nicht mehr vermeiden. In diesem Sinne ergibt sich Korrekturbedarf insbesondere hinsichtlich der Bewertung von unpfändbaren Gegenständen, sowie von Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers.

#### **(aa) Unpfändbare Gegenstände**

Wie bereits im Rahmen der §§ 129 InsO, 1 AnfG dargelegt wurde, kann der Verlust von unpfändbaren Gegenständen eine Benachteiligung der Gläubiger nicht begründen.<sup>141</sup> Denn ist ein Gegenstand unpfändbar, ist er dem Gläubigerzugriff im Vollstreckungsverfahren von vornherein entzogen, so dass er zur Befriedigung der Gläubiger ohnehin nicht zur Verfügung stünde. Eben aufgrund der fehlenden Befriedigungstauglichkeit muss umgekehrt dann allerdings genauso gelten, dass unpfändbare Gegenstände für die Gläubiger auch keinen Vorteil darstellen, der ihre Benachteiligung noch ausschließen könnte.<sup>142</sup> Wendet der Schuldner sein pfändbares Vermögen auf und erhält er hierfür als unmittelbare Gegenleistung nur einen unpfändbaren Gegenstand, müsste dies die Gläubiger vielmehr unmittelbar benachteiligen können.

Demgegenüber soll es nach überwiegender Auffassung der Zweck des § 142 InsO gebieten, den Erwerb von Gegenständen des persönlichen Bedarfs zugunsten des Schuldners als Bargeschäft zu erfassen.<sup>143</sup> Obwohl diese Gegenstände regelmäßig unpfändbar sind, sollen sie bei einer unmittelbaren Beurteilung trotzdem „gleichwertig“ sein können, wohingegen ihre fehlende Befriedigungstauglichkeit die Gläubiger lediglich „mittelbar“ benachteiligen würde.<sup>144</sup>

Indessen vermag dieser Ausschluss einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung gerade auf der Basis eines gemeinsamen Oberbegriffs nicht zu überzeugen. Denn ein solches Ergebnis

---

<sup>138</sup> Siehe nur die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 167, die darauf hinweist, dass der Schuldner praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wäre, wenn selbst Bargeschäfte einer Anfechtung unterlägen.

<sup>139</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 7; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 9; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 119; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 82. Vgl. auch Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 5; Begründung des RegE, aaO.

<sup>140</sup> Siehe zur Kritik noch unter B.I.2)c)cc)(2)(b), Seite 44.

<sup>141</sup> Siehe bereits unter B.I.2)a)bb), Seite 25.

<sup>142</sup> So auch noch Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 95; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 242.

<sup>143</sup> HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 142 Rn. 2; Kübler/Prütting/Bork/Ehricke, InsO, § 142 Rn. 3; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 9; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 25; Lwowski/Wunderlich, FS Kirchhof (2003), 301, 307.

<sup>144</sup> MüKo/Kirchhof, aaO. Andere Ansicht aber zu Recht Klinck, Grundlagen, S. 163.

ließe sich nur erklären, wenn man die wirtschaftliche Verwertbarkeit zugunsten der Gläubiger als einen lediglich „mittelbar“ relevanten Umstand ansähe. Zwar scheint diese Annahme aufgrund der zeitlichen Distanz zwischen dem Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen und der Vornahme der Rechtshandlung zunächst nahezuliegen. In der Sache verwechselt eine solche Ansicht jedoch die Eröffnung des Vollstreckungsverfahrens mit einer späteren negativen Entwicklung des Wertes der Gegenleistung. Dabei liegt es auf der Hand, dass die Gegenleistung allein durch die Verfahrenseröffnung an Wert nicht verloren haben kann. Anderenfalls würde der Eröffnung des Verfahrens eine Wirkung beigemessen, die die Gläubiger „mittelbar“ benachteiligte, obwohl das Verfahren gerade umgekehrt zu ihrer Befriedigung angestrengt wird. Dies erschiene wenig sachgerecht.

### **(bb) Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers**

Maßgeblich aufgrund des Zwecks des Bargeschäftsprivilegs gemäß § 142 InsO,<sup>145</sup> geht die neuere Rechtsprechung zudem davon aus, dass im Verhältnis zu Lohnzahlungen auch Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers eine „gleichwertige“ Gegenleistung darstellen, so dass es in diesen Fällen ebenfalls an einer unmittelbaren Benachteiligung der Gläubiger fehle.<sup>146</sup> Gerade unter der Prämisse eines gemeinsamen Oberbegriffs der Gläubigerbenachteiligung, kann dies jedoch genauso wenig überzeugen, wie der Ausschluss einer unmittelbaren Nachteiligkeit durch unpfändbare Gegenstände. Denn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ist für sich gesehen noch kein Vorteil in der Haftungsmasse des Schuldners, in den die Gläubiger zur Befriedigung vollstrecken könnten. Vielmehr ist der Vorteil der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber lediglich der »praktische Nutzen«<sup>147</sup>, welcher daraus folgt, dass durch die bereitstehende Arbeitskraft die Grundvoraussetzung für einen fortbestehenden Betrieb gelegt ist.

Insofern weist das BAG vollkommen zu Recht darauf hin, dass die »erbrachte Arbeitsleistung [...] den Insolvenzgläubigern aber nicht dieselbe Zugriffsmöglichkeit [gewährt], wie sie die abgeflossenen Zahlungsmittel geboten hätten.«<sup>148</sup> Stattdessen sind die Vorteile der Arbeitsleistung von Arbeitnehmern für die Gläubiger des Schuldners – etwa in Form von erwirtschafteten Gewinnen – nur mittelbare Folgevorteile. Auf der Grundlage eines gemeinsamen Oberbegriffs der Gläubigerbenachteiligung können diese mittelbaren Folgevorteile allerdings keine Gegenleistung sein, welche eine unmittelbare Nachteiligkeit ausschließen würde.<sup>149</sup> Denn wie oben bereits dargelegt wurde, findet selbst im Rahmen einer „gewöhnlichen“ Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG eine umfassende Vorteilsausgleichung nicht statt.<sup>150</sup> Konsequenterweise müsste dies dann auch im Falle einer unmittelbaren Nachteiligkeit gelten.

### **(3) »Nachträgliches Entfallen« einer unmittelbaren Nachteiligkeit?**

Weil die herrschende Meinung gleichwohl davon ausgeht, dass die unmittelbare Nachteiligkeit bereits eine »Art« der Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG darstellt, muss sie schließlich auch ihre vorherige Aussage korrigieren, dass für die Beurteilung

<sup>145</sup> Siehe insbesondere BAG, NZI 2011, 981 Rn. 18; *Vollrath*, ZInsO, 2011, 1665, 1666.

<sup>146</sup> So insbesondere BAG, NZI 2014 Rn. 57. Vgl. auch *Huber*, ZInsO 2013, 1049, 1050, der es nicht für näher erörterungswürdig hält, dass ein Leistungsaustausch »Arbeit gegen Geld« gleichwertig sei. Ebenso *Jacobs/Doebert*, ZInsO 2012, 618, 621. Vgl. auch BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 13; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 35.

<sup>147</sup> BGH, aaO, der den »praktischen Nutzen« jedoch ohne nähere Erklärung ausreichen lässt.

<sup>148</sup> BAG, NZI 2014, 372 Rn. 59.

<sup>149</sup> Insbesondere stellt die gewährleistete Betriebsfortführung für den Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung keinen berücksichtigungsfähigen Vorteil dar, vgl. nur BGH, NZI 2009, 847 Rn. 17; *HambKomm/Rogge/Leptien*, InsO, § 132 Rn. 9.

<sup>150</sup> Siehe bereits oben unter B.I.2)a)cc), Seite 26.

der unmittelbaren Nachteiligkeit »spätere Umstände« außer Betracht zu lassen seien. Denn unter der Prämisse eines gemeinsamen Oberbegriffs, müsste eigentlich schon das Vorliegen einer unmittelbaren Nachteiligkeit für die Bejahung einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG ausreichen. Dies führt allerdings spätestens dann zu Problemen, wenn die weitere Entwicklung bis zum Gläubigerzugriff für das Schuldnervermögen nicht negativ, sondern vielmehr positiv verläuft, beispielsweise weil der anfänglich verlorene Vermögenswert bis zum Vollstreckungsverfahren an den Schuldner wieder zurückgewährt wurde.<sup>151</sup>

Entgegen der vorgeblich nur unmittelbaren Beurteilung der Rechtshandlung, wird es deshalb gleichsam zur „Rettung“ der Idee eines gemeinsamen Oberbegriffs erforderlich, die längerfristigen Auswirkungen der Rechtshandlung auch bei der Prüfung der unmittelbaren Nachteiligkeit noch korrigierend zu berücksichtigen. Dem entspricht es, dass der BGH es für möglich hält, dass eine zunächst eingetretene unmittelbare Gläubigerbenachteiligung »nachträglich entfallen« könne.<sup>152</sup> Denn durch die Möglichkeit eines solchen »nachträglichen Entfallens« wird eingeräumt, dass das Vorliegen einer unmittelbaren Nachteiligkeit an einer korrigierenden Folgenbetrachtung durchaus noch scheitern kann.

Dies hat allerdings zur Konsequenz, dass die unmittelbare Bewertung der Rechtshandlung tatsächlich nicht genügt, um eine unmittelbare Nachteiligkeit bejahen zu können. Vielmehr sind schon aufgrund der bloßen Möglichkeit ihres nachträglichen Entfallens, die längerfristigen Auswirkungen bis zum Vollstreckungsverfahren immer – zumindest implizit – noch mitzuprüfen. Diese zusätzliche Prüfung entspricht in der Sache dann aber jener einer sogenannten „mittelbaren“ Gläubigerbenachteiligung. Muss in diesem Sinne also eine unmittelbar nachteilige Rechtshandlung die Gläubiger stets auch „mittelbar“ benachteiligen, erscheint wiederum die gegensätzliche Bezeichnung beider Modalitäten als irreführend.<sup>153</sup>

#### **bb) Die unmittelbare und „mittelbare“ Benachteiligung als eigenständige Begriffe**

Demgegenüber lassen sich begriffliche Klarheit und rechtsdogmatische Stringenz nach hier vertretener Auffassung nur herstellen, wenn die Idee eines gemeinsamen Oberbegriffs der Gläubigerbenachteiligung aufgegeben wird. Denn die zusätzliche Prüfung der längerfristigen Auswirkungen kann im Falle der unmittelbaren Nachteiligkeit ohne Korrekturbedarf nur begründet werden, wenn begrifflich von vornherein unterschieden wird zwischen der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG, sowie der Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG. Allein durch eine solche Unterscheidung kann sich nämlich für die unmittelbare Nachteiligkeit tatsächlich konsequent auf eine unmittelbare Bewertung beschränkt werden, weil es möglich wird, die darüber hinausgehende „mittelbare“ Folgenbetrachtung dogmatisch erst der Prüfung einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG zuzuordnen.

Damit allerdings haben die beiden „Arten“ der Gläubigerbenachteiligung dogmatisch getrennte Bedeutungen, so dass sie eigenständige Begrifflichkeiten darstellen. In diesem Sinne ist die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung richtigerweise nicht mehr als ein Tatbestandsmerkmal der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG, während daneben die Gläubigerbenachteiligung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG als allgemeine Anfechtungsvoraussetzung unabhängig vom Anfechtungstatbestand stets noch einen eigenen Prüfungspunkt bildet.

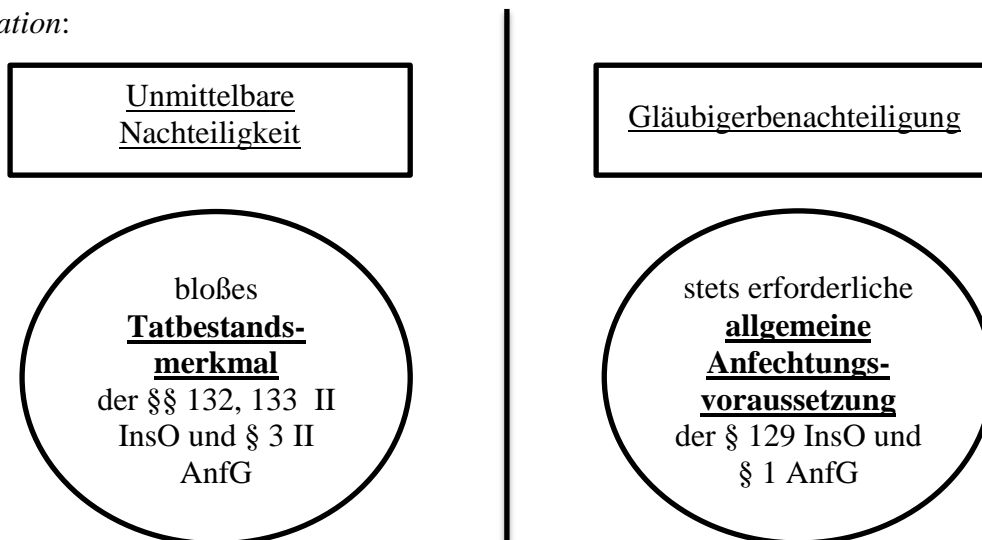
---

<sup>151</sup> Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.27, der zudem das Beispiel anführt, dass ein Kauf von Wertpapieren über Tageskurs trotz seiner unmittelbaren Nachteiligkeit nicht anfechtbar ist, wenn der Kurs bis zur Eröffnung des Verfahrens wieder über den Kaufpreis gestiegen ist.

<sup>152</sup> So BGH, NZI 2007, 718 Rn. 18 f. Vgl. auch *MüKo/Kayser*, InsO, § 129 Rn. 178; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 257, die allerdings nur allgemein vom Wegfall der Gläubigerbenachteiligung sprechen.

<sup>153</sup> Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.26, der die Begriffswahl zu Recht als »wenig glücklich« ansieht.

Illustration:



Insofern weist *Häsemeyer* vollkommen zu Recht darauf hin, dass beide Begriffe »nicht einmal teildentisch« sind, da die Gläubigerbenachteiligung in den Grundnormen die »Beeinträchtigung der haftungsrechtlichen Gesamtabwicklung« betrifft,<sup>154</sup> wohingegen die in den einzelnen Tatbeständen geforderte »Unmittelbarkeit« der Gläubigerbenachteiligung sich lediglich auf die Rechtshandlung »selbst« bezieht.<sup>155</sup>

**(1) „Mittelbare“ Benachteiligung als finanzieller Ausfall im späteren Vollstreckungsverfahren**

Folgt man einer solchen Entkopplung der Begrifflichkeiten, kann die Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG in ihrer Bedeutung aber präzisiert und von vorgelagerten Erwägungen befreit werden. Denn ist es im Sinne einer begrifflichen Trennung nicht mehr nötig, unter dem Dach der §§ 129 InsO, 1 AnfG auch die unmittelbare Nachteiligkeit einer Rechtshandlung zu fassen, besteht ebenso kein Grund mehr dazu, bereits die mit der Rechtshandlung eintretende Belastung des Schuldnervermögens als Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG zu bezeichnen. Vielmehr lässt sich dem Umstand, dass die Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG tatsächlich nur die (mögliche) *Folge* einer Vermögensbelastung darstellt, in der begrifflichen Definition konsequent Rechnung tragen. Insofern ist der Benachteiligungsbegriff der §§ 129 InsO, 1 AnfG auf seinen eigentlichen Bedeutungskern zu reduzieren, nämlich auf die Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs im Vollstreckungsverfahren.

Während also richtigerweise die »Verringerung der Aktiva oder Vermehrung der Passiva« des Schuldnervermögens nicht bereits ein Bestandteil, sondern nur eine Vorbedingung der Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG bildet, manifestiert sich die stattdessen erst maßgebliche Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs wiederum darin, dass die Gläubiger im Vollstreckungsverfahren einen *finanziellen Ausfall* erleiden.<sup>156</sup> Nicht durch die Vermögensbelastung, sondern erst durch den finanziellen Ausfall tritt die Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG in Erscheinung. Da dieser Ausfall aber aufgrund der zeitlichen Distanz zum Vollstreckungsverfahren immer erst *nach* der Rechtshandlung eintritt,<sup>157</sup> ist die Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG naturgemäß stets „mittelbar“, so dass sich

<sup>154</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.19.

<sup>155</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.26; vgl. auch *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 91.

<sup>156</sup> Siehe hierzu bereits unter B.I.2)a)aa), Seite 24.

<sup>157</sup> Siehe hierzu bereits unter B.I.2)a)dd), Seite 27.

insofern auch das Attribut der Mittelbarkeit – im Einklang mit der fehlenden Nennung im Gesetz – als letztlich überflüssig erweist.

**(2) Unmittelbare Nachteiligkeit als Nachteiligkeit der Rechtshandlung »selbst«**

So wie im Rahmen der §§ 129 InsO, 1 AnfG auf das bloße Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG keine Rücksicht genommen werden braucht, gilt selbiges auch umgekehrt. In diesem Sinne müssen bei der Beurteilung einer unmittelbaren Nachteiligkeit die Voraussetzungen der §§ 129 InsO, 1 AnfG nicht mehr korrigierend berücksichtigt werden. Vielmehr kann bei einer dogmatischen Trennung der beiden Benachteiligungsbegriffe für die Prüfung einer Nachteiligkeit im Sinne der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG konsequent nur noch auf die »Bewertung der betroffenen einzelnen Rechtshandlung«<sup>158</sup> abgestellt werden. Zugleich erfährt aber auch der Begriff der »Unmittelbarkeit« eine Einengung. Denn bei einer reinen Bewertung der Rechtshandlung »selbst« werden nicht nur zeitlich spätere, sondern generell alle »weiteren« außerhalb der Rechtshandlung stehenden Umstände irrelevant.<sup>159</sup>

Dabei hat die gängige Formulierung, dass die Gläubigerbenachteiligung in einer »Verringerung der Aktiva oder Vermehrung der Passiva« liege, zumindest im Rahmen der unmittelbaren Nachteiligkeit im Ausgangspunkt noch eine gewisse Berechtigung. Denn die Belastung des Schuldnervermögens ist das einzige, was zuungunsten der Gläubiger bereits unmittelbar mit der Rechtshandlung eintritt. Jedoch kann sich hierin der Begriff der Gläubigerbenachteiligung auch im Falle der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG richtigerweise nicht erschöpfen, weil das Vorliegen einer Vermögensbelastung wie dargelegt schon ein zwingendes Element des Begriffs der Rechtshandlung darstellt.<sup>160</sup> Eine Handlung, die das Schuldnervermögen nicht belastete, wäre nach hier vertretener Auffassung also bereits keine Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG. Stattdessen kann es beim Merkmal der unmittelbaren Nachteiligkeit nur noch darum gehen, dass die Rechtshandlung darüberhinaus auch keine positiven Auswirkungen hat, durch die die Belastung des Schuldnervermögens per Saldo wieder ausgeglichen werden könnte. Es geht also vor allem um die Feststellung, dass es an einem gleichwertigen Vermögensvorteil fehlt.

Damit muss die Prüfung einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG aber in erster Linie nicht etwa nach einer Belastung, sondern im Gegenteil nach einer *Begünstigung* des Schuldnervermögens fragen. Lediglich um sodann im nächsten Schritt zu beurteilen, ob die Begünstigung den Saldo im Schuldnervermögen auch aufrechterhält, hat also im Rahmen dieser Prüfung die Vermögensbelastung noch eine Bedeutung. Insofern ist für eine ausgleichende Begünstigung – im Ansatz wie bei §§ 129 InsO, 1 AnfG – zu fordern, dass sie zur Vermögensbelastung eine »gleichwertige Befriedigungsmöglichkeit« darstellt. Hierfür muss allerdings – wiederum abweichend zu den §§ 129 InsO, 1 AnfG – eine nur *potentielle* Befriedigungstauglichkeit schon ausreichen, weil die tatsächliche Verwertbarkeit des Vermögensvorteils abschließend erst zum späteren Zeitpunkt des Vollstreckungsverfahrens beurteilt werden kann. Für die Feststellung einer unmittelbaren Nachteiligkeit ist hingegen allein der Zeitpunkt der Rechtshandlung relevant.

---

<sup>158</sup> Häsemeyer, Insolvenzzrecht, Rn. 21.27.

<sup>159</sup> Die Formulierung, dass für eine Unmittelbarkeit alle »weiteren« Umstände außen vor bleiben müssten, ist tatsächlich sogar die vorherrschende, vgl. nur Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 10; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 92; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 71; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO § 129 Rn. 235. Regelmäßig sind damit jedoch nur alle »späteren« Umstände gemeint, vgl. BGH, NJW 1993, 3267; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 129 Rn. 72 und 84 f.; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 254. Auch daran verdeutlicht sich die überwiegend unscharfe Handhabung des Begriffs der unmittelbaren Nachteiligkeit.

<sup>160</sup> Siehe bereits die einleitenden Ausführungen zur Gläubigerbenachteiligung unter B.I.2), Seite 23.

Dabei ist der Begriff der »Unmittelbarkeit« im Falle der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG jedoch nicht nur in einem zeitlichen Sinne zu verstehen. Denn aufgrund der dogmatischen Trennung der Benachteiligungsbegriffe geht es bei der unmittelbaren Nachteiligkeit nur noch um eine Beurteilung der Rechtshandlung »selbst«. Dadurch erfolgt aber hinsichtlich der Vermögensvorteile, die im Saldo des Schuldnervermögens überhaupt eine Berücksichtigung finden können, gegenüber den Grundsätzen der §§ 129 InsO, 1 AnfG eine weitere Eingrenzung. Während es nämlich für die Einbeziehung von Vermögensvorteilen im Rahmen der §§ 129 InsO, 1 AnfG wie dargelegt einerseits zwar erforderlich, andererseits aber auch ausreichend ist, dass der Vorteil an die Rechtshandlung unmittelbar »anknüpft«,<sup>161</sup> kann ein bloßes Anknüpfen im Falle der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG nicht mehr genügen. Vielmehr müssen hier etwaig ausgleichende Vermögensvorteile an die Rechtshandlung nicht nur anknüpfen, sondern gerade zur dieser »selbst« gehören. Dem entspricht es im Ergebnis, wenn etwa *Henckel* im Rahmen des § 132 Abs. 1 InsO zu Recht betont, dass für die unmittelbare Nachteiligkeit von Verträgen der »Inhalt« des zu beurteilenden Vertrages maßgebend sei.<sup>162</sup> Denn eben nach dem Inhalt des Vertrages richtet sich, welche etwaig vorteilhaften Gegenleistungen Bestandteil des Vertrages »selbst« sind. Ausgleichende Vorteile müssten somit als im Vertrag vereinbarte Gegenleistung zumindest zu deuten sein,<sup>163</sup> um als Vorteil der Rechtshandlung »selbst« in die Bewertung ihrer unmittelbaren Nachteiligkeit überhaupt miteinfließen zu können.

Vermengt man demgegenüber überwiegend die Voraussetzungen der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung mit jenen der §§ 129 InsO, 1 AnfG, kommt eine solch isolierte Betrachtung der Rechtshandlung selbst allerdings nicht in Betracht. Stattdessen muss nach der herrschenden Meinung auch für die unmittelbare Nachteiligkeit wie im Rahmen der §§ 129 InsO, 1 AnfG gelten, dass eine beachtliche Gegenleistung an die Rechtshandlung unmittelbar nur anknüpfen, nicht jedoch bereits in dieser selbst enthalten sein muss. Deshalb kann laut BGH die unmittelbare Nachteiligkeit eines Vertrages auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Schuldner einen ausgleichenden Vermögenswert erhält, der im Vertrag zwar nicht als Gegenleistung vereinbart wurde, aber in unmittelbarer Beziehung zur Rechtshandlung steht und sich in anderer Weise als gleichwertiger Vorteil erweist.<sup>164</sup> Zugleich wird jedoch durch das Erfordernis, dass sich der Vorteil als gleichwertig gerade »erweisen« müsse, „durch die Hintertür“ wiederum eine längerfristige Betrachtung korrigierend miteinbezogen, die in der Sache freilich den Kriterien einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung entspricht.

### c) Insbesondere Erfüllungsgeschäfte

Das Verständnis einer unmittelbaren Nachteiligkeit im Sinne der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG wird besonders auf die Probe gestellt, wenn es um die Beurteilung der Nachteiligkeit eines Erfüllungsgeschäfts geht, also eines Rechtsgeschäfts, das eine Verbindlichkeit erfüllt. Denn je nachdem wie eng oder weit man den Radius der »Unmittelbarkeit« ziehen mag, lassen sich insbesondere bei Erfüllungsgeschäften verschiedene Vermögensvorteile in die Bewertung der Nachteiligkeit noch miteinbeziehen respektive ausschließen.

Betrachtet man in diesem Sinne ein Erfüllungsgeschäft zunächst nur für sich, handelt es sich regelmäßig um ein abstraktes Verfügungsgeschäft, welches eine ausgleichende Gegenleistung aufgrund seiner Abstraktheit von vornherein nicht enthalten kann. Bezieht man hingegen die

<sup>161</sup> BGH, NJW 2003, 1865, 1866; NJW-RR 2012, 1513 Rn. 31. Vgl. auch *HambKomm/Rogge/Leptien*, InsO, § 132 Rn. 9; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 235. Siehe auch bereits unter B.I.2)a)cc), Seite 26.

<sup>162</sup> *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 92. Vgl. insofern auch *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 238.

<sup>163</sup> *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 11.

<sup>164</sup> BGH, NJW 2003, 1865, 1866; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 243. Kritisch hingegen *Jaeger/Henckel*, aaO.

unmittelbaren Auswirkungen noch mit ein, hat das Erfüllungsgeschäft stets den Vorteil, dass es auf seiner Kehrseite zu einer Befreiung von einer Verbindlichkeit führt. Betrachtet man das Erfüllungsgeschäft darüber hinaus aber auch in seinem weiteren Kontext, stellt es oftmals den Bestandteil eines gleichwertigen Leistungsaustausches im Sinne eines Bargeschäfts gemäß § 142 InsO dar.

Dabei wird von einigen Stimmen in der Literatur die unmittelbare Nachteiligkeit eines Erfüllungsgeschäfts entweder ausdrücklich oder implizit abgelehnt; stattdessen wird eine mögliche Gläubigerbenachteiligung verbreitet nur als „mittelbare“ Nachteiligkeit thematisiert.<sup>165</sup> Diese generelle Einordnung lässt sich jedoch weder aufgrund der unmittelbar anknüpfenden Auswirkungen, noch aufgrund des Erfüllungsgeschäfts »selbst« in sich stimmig erklären. Vielmehr wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Ablehnung einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung oftmals erst durch eine begriffliche Vermengung mit dem Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO verstanden werden kann.<sup>166</sup> Die hierdurch verursachten Inkonsequenzen lassen sich insgesamt aber nur überwinden, wenn zwischen den Begrifflichkeiten auch insofern strikt getrennt wird.

#### **aa) Nachteiligkeit der unmittelbar anknüpfenden Auswirkungen**

Wenn die herrschende Meinung zum Ausschluss einer Gläubigerbenachteiligung eigentlich nur auf die unmittelbar anknüpfenden Auswirkungen der Rechtshandlung abstellt, ließe sich die unmittelbare Nachteiligkeit eines Erfüllungsgeschäfts erst dann pauschal verneinen, wenn mit letzterem zwingend gleichwertige Vorteile einhergingen, die die Vermögensbelastung stets ausgleichen würden. Solche Vorteile sind tatsächlich aber nicht ersichtlich. Als notwendig eintretender Vermögensvorteil käme lediglich die Befreiung von der Verbindlichkeit in Betracht, die mit dem Erfüllungsgeschäft getilgt wird. Eben in diesem Sinne nimmt *Brinkmann* deshalb zwar auch an, dass bei der Tilgung einer Schuld regelmäßig eine »vollständige Kompensation« vorliege, weil die Aktivmasse im selben Umfang abnehmen würde wie die Passivmasse.<sup>167</sup> Richtig ist hieran aber nur, dass im Falle eines Erfüllungsgeschäfts bei einer rein nominellen Betrachtung der Saldo des Schuldnervermögens aufrechterhalten bleibt. Hingegen wird vernachlässigt, dass es für die Gleichwertigkeit eines Vermögensvorteils auch im Rahmen der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG nicht auf den nominellen Wert, sondern wie dargelegt auf die Befriedigungstauglichkeit des Vorteils ankommt.<sup>168</sup> Die bloße Befreiung von einer Verbindlichkeit stellt für sich gesehen allerdings noch keinen wirtschaftlichen Vorteil dar, der die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger aufrechterhalten könnte.<sup>169</sup>

Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass oben bereits erwähnt wurde, dass im Rahmen eines Bargeschäfts gemäß § 142 InsO die fehlende Befriedigungstauglichkeit der Gegenleistung teilweise nur als ein die Gläubiger „mittelbar“ benachteiligender Umstand an-

---

<sup>165</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 11; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 54; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 118; vgl. auch Thole, Gläubigerschutz, S. 431 ff. MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 142 unterscheidet hingegen danach, ob der Schuldner die Erfüllung seiner Verbindlichkeit »wie er sie schuldet« leistet; dem folgend auch Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 250. Für eine grundsätzliche Einbeziehung von Erfüllungshandlungen als unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte gemäß § 132 InsO wiederum Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 132 Rn. 3.

<sup>166</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(b), Seite 32 f.

<sup>167</sup> Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 54. Ebenso Röttger, Anweisungsleistungen, S. 58; wohl hilfsweise auch Thole, Gläubigerschutz, S. 431. Ablehnend hingegen Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 214.

<sup>168</sup> Vgl. auch Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 10; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 95; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 116 ff.; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 242.

<sup>169</sup> Richtig Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 163. Vgl. auch Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 11; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 118; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 123, die die Nachteiligkeit der Tilgung einer Verbindlichkeit gleichwohl erst unter dem Aspekt einer „mittelbaren“ Gläubigerbenachteiligung diskutieren.

gesehen wird.<sup>170</sup> Denn würde man mit diesem Argument davon ausgehen, dass bei einer unmittelbaren Bewertung auch die Befreiung von Passiva noch eine gleichwertige Gegenleistung darstellte, wäre bereits jede anspruchsgemäße Erfüllung einer Schuld aufgrund der Schuldbefreiung zugleich ein privilegiertes Bargeschäft.<sup>171</sup> Um ein solches Ergebnis auszuschließen, ist gerade im Rahmen von Bargeschäften vielmehr anerkannt, dass eine reine Schuldbefreiung als gleichwertige Gegenleistung ausscheiden muss.<sup>172</sup>

Tatsächlich könnte eine unmittelbare Nachteiligkeit bei Erfüllungsgeschäften auf der Grundlage der herrschenden Meinung nur dann fehlen, wenn die unmittelbaren Auswirkungen des Erfüllungsgeschäfts über die bloße Befreiung von der erfüllten Verbindlichkeit hinausgingen. Das gilt etwa dann, wenn der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag in Vorleistung tritt und sein Anspruch auf die Gegenleistung durch den Wegfall des gegnerischen Zurückbehaltungsrechts erst werthaltig wird.<sup>173</sup> Dieser Anspruch auf die Gegenleistung wäre zugunsten der Befriedigung seiner übrigen Gläubiger wirtschaftlich verwertbar, weshalb zu Recht anerkannt ist, dass eine Gläubigerbenachteiligung insofern ausgeschlossen werden kann.<sup>174</sup> Mangelt es allerdings an einem solchen über die bloße Schuldbefreiung hinausgehenden Vorteil – etwa weil der Schuldner nicht vor-, sondern nur noch *nach*leistet – hat das Erfüllungsgeschäft dann auch keine unmittelbar anknüpfenden Auswirkungen mehr, welche den Verlust noch kompensieren könnten.

#### **bb) Nachteiligkeit des Erfüllungsgeschäfts »selbst«**

Richtigerweise sind für die Feststellung einer unmittelbaren Nachteiligkeit ohnehin nicht die anknüpfenden Auswirkungen maßgeblich, sondern der Inhalt des Rechtsgeschäfts »selbst«. Während *Henckel* diese Ansicht im Ausgangspunkt noch ebenso vertritt, kommt allerdings auch er zu dem Ergebnis, dass ein Erfüllungs- beziehungsweise abstraktes Verfügungsgeschäft nicht unmittelbar nachteilig sein könne. Denn ein abstraktes Verfügungsgeschäft solle mangels der Beinhaltung einer Gegenleistung kein entsprechendes Kriterium abgeben.<sup>175</sup> Stattdessen ließe sich die unmittelbare Benachteiligung nur aus dem Kausalgeschäft ableiten.<sup>176</sup> Diese Schlussfolgerung weicht allerdings von der Beurteilung des Verfügungsgeschäfts »selbst« ab und kann nach hier vertretener Auffassung nicht überzeugen. Denn abstrakte Verfügungsgeschäfte sind keinesfalls inhaltsleer, sondern beinhalten schon ihrer Art nach die unmittelbare Einwirkung auf ein bestehendes Recht.<sup>177</sup> Dass sie als solche eine etwaige Gegenleistung nicht zu erkennen geben, schließt eine unmittelbare Nachteiligkeit nicht aus. Vielmehr muss man das Argument der Abstraktheit sogar umdrehen, so dass aufgrund des im Rechtsgeschäft allein beinhaltenen Rechtsverlusts – etwa die Übereignung einer Sache – für sich gesehen *stets* einen negativen Vermögenssaldo begründet. Das Verfügungsgeschäft »selbst« muss die Gläubiger daher auch *stets* unmittelbar benachteiligen.

Eine solche eng eingegrenzte Sichtweise auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts »selbst«, steht mit der gesetzlichen Regelung zwanglos im Einklang. Gerade am Beispielsfall eines Verfü-

<sup>170</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(b)(aa), Seite 32.

<sup>171</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 373. Vgl. auch BGH, NJW 1986, 1496, 1498.

<sup>172</sup> MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 4a.

<sup>173</sup> BGH, NJW-RR 2002, 775, 777; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 79; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO (13. Aufl. 2010), § 129 Rn. 110.

<sup>174</sup> Wie vorherige Fn.

<sup>175</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 111; dem folgend *Thole*, aaO. Vgl. dagegen aber MüKo/*Kayser*, InsO, § 132 Rn. 5 und 8, der Verfügungsgeschäfte von § 132 InsO als grundsätzlich erfasst ansieht.

<sup>176</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 113 und § 132 Rn. 12; *Thole*, aaO. Zustimmend *Huber*, ZInsO 2010, 977, 978. Ablehnend hingegen *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 194 f.

<sup>177</sup> Siehe nur Palandt/*Ellenberger*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn. 16 und 21.



ungsgeschäfts lässt sich dies gut verdeutlichen. Denn bei einem zum Rechtsverlust führenden Verfügungsgeschäft würde jedes andere Ergebnis, als dessen unmittelbare Nachteiligkeit, im Widerspruch stehen zu dem im Zuge der Insolvenzrechtsreform von 1999 neu eingefügten Absatz 2 des § 132 InsO. Nach dieser Vorschrift wird die unmittelbare Nachteiligkeit einer Rechtshandlung nämlich beim Verlust eines Rechts schon gesetzlich unterstellt,<sup>178</sup> das heißt andere Auswirkungen der Handlung werden gar nicht mehr berücksichtigt. Hiermit sollen vor allem solche Konstellationen erfasst werden, die zumindest »verfügungsähnlich« wirken.<sup>179</sup> Nichts anderes kann dann aber für Rechtshandlungen gelten, die tatsächlich Verfügungsgeschäfte darstellen. Vielmehr muss man spätestens aufgrund des heutigen § 132 Abs. 2 InsO zu dem Schluss kommen, dass ein zum Rechtsverlust führendes Verfügungsgeschäft ausnahmslos unmittelbar nachteilig ist.<sup>180</sup>

Aus der Sicht der herrschenden Meinung erscheint eine solch bereitwillige Bejahung der unmittelbaren Nachteiligkeit zwar als „überstürzt“. Denn vermengt man überwiegend den Begriff der unmittelbaren Nachteiligkeit sowohl mit jenem einer Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG, als auch mit dem Fehlen eines Bargeschäfts gemäß § 142 InsO, wären durch die Bejahung der unmittelbaren Nachteiligkeit diese wichtigen Anfechtungsvoraussetzungen schon immer miterfüllt. Fasst man allerdings mit der hier vertretenen Auffassung die unmittelbare Nachteiligkeit nur als ein tatbestandsspezifisches Merkmal auf, wird über die weiteren Anfechtungsvoraussetzungen noch keine Aussage getroffen. So müsste bei Erfüllungsgeschäften trotz ihrer unmittelbaren Nachteiligkeit das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG, sowie im Rahmen der Insolvenzanfechtung ebenfalls das Vorliegen eines Bargeschäfts, noch gesondert geprüft werden. Für eine solch getrennte Prüfung wäre es jedoch erforderlich, auch begrifflich konsequent zu trennen zwischen der unmittelbaren Nachteiligkeit aus § 132 InsO, der Gläubigerbenachteiligung aus § 129 InsO sowie dem Bargeschäft gemäß § 142 InsO.

### cc) **Rechtshistorische Nachwirkungen**

Dass die herrschende Meinung eine solche Trennung trotz der vielfältigen Inkonsequenzen nicht vornimmt, hat vor allem rechtshistorische Gründe. Insofern ist zu beobachten, dass das noch unter der Konkursordnung herrschende Verständnis weiterhin erheblichen Einfluss zeitigt, selbst wenn es spätestens seit der Insolvenzrechtsreform von 1999 keinesfalls mehr zwingend ist. So wird in Fortsetzung des zur Konkursordnung entwickelten Verständnisses, sowohl für die Feststellung einer unmittelbaren Nachteiligkeit als auch für das Vorliegen eines Bargeschäfts eine Sichtweise herangezogen, welche beide Begrifflichkeiten letztlich miteinander verbindet. Ihren eigentlichen Ursprung hat diese Sichtweise jedoch darin, dass traditionellerweise bereits die Anfechtungstatbestände mitsamt den ihnen zugeordneten Wertungen in den Fokus gerückt werden.

#### (1) **Nachwirkungen des § 30 Nummer 1 Fall 1 KO**

Das Vorliegen einer unmittelbaren Nachteiligkeit wird vor allem im Anfechtungstatbestand des § 132 Abs. 1 InsO vorausgesetzt. In der Konkursordnung fand dieser Tatbestand seine Vorgängervorschrift in § 30 Nr. 1 Fall 1 KO. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift mussten nachteilige Rechtsgeschäfte vom Gemeinschuldner gerade »eingegangen« werden, woraus die

---

<sup>178</sup> Siehe nur die Begründung zum RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 1; Vgl. auch MüKo/*Kayser*, InsO, § 132 Rn. 27, nach dem in den Konstellationen des § 132 Abs. 2 InsO eine »unmittelbare Gläubigerbenachteiligung regelmäßig zwangsläufig folgt«.

<sup>179</sup> Dies räumt auch Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 117 ein.

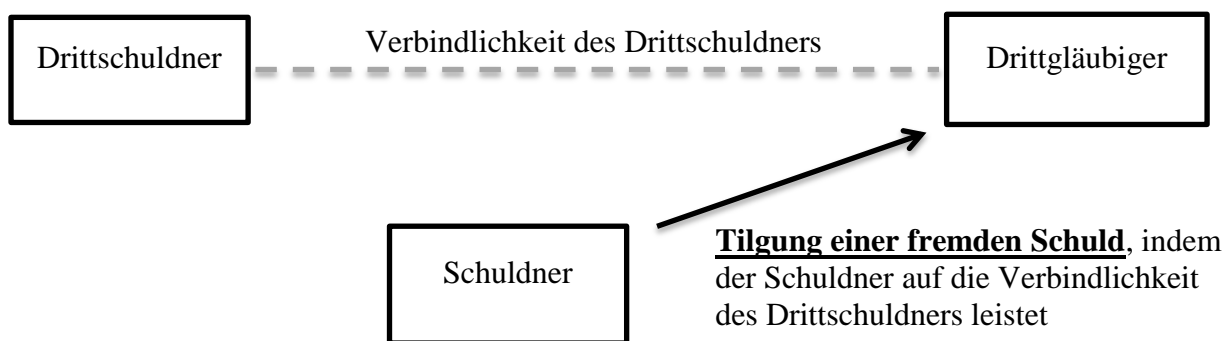
<sup>180</sup> Anders jedoch der Schluss von Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 36, der § 132 Abs. 2 InsO auf »verfügungsähnliche« Rechtshandlungen begrenzen und damit Verfügungsgeschäfte selbst aus dem Anwendungsbereich herausnehmen will. Diese Aufspaltung des Anwendungsbereichs ist jedoch rein rechtshistorisch bedingt und findet im Gesetz keine Stütze. Siehe hierzu sogleich und noch später unter B.IV.2)e)cc)(2), Seite 117.

damalige herrschende Meinung schlussfolgerte, dass es sich bei den von § 30 Nr. 1 Fall 1 KO erfassten Rechtsgeschäften nur um gegenseitige Austauschverträge handelte.<sup>181</sup> Diese waren aber erst dann nachteilig, wenn der vereinbarten Leistung des Schuldners keine gleichwertige Gegenleistung gegenüberstand. Laut *Häsemeyer* soll deshalb auch die heutige Nachfolgevorschrift des § 132 Abs. 1 InsO in erster Linie nur eine solche »nachteilige Leistungswertbestimmung« unterbinden.<sup>182</sup> § 132 Abs. 1 InsO beziehe sich daher in seinem »Regelungskern« lediglich auf schuldrechtliche Verträge, die anfechtbar seien, wenn sie zulasten des Schuldners den Austausch nicht-gleichwertiger Leistungen vorsähen.<sup>183</sup>

Mit der Insolvenzrechtsreform wurde der Wortlaut der Vorgängervorschrift jedoch bewusst nicht mehr beibehalten.<sup>184</sup> Nach dem heutigen § 132 Abs. 1 InsO ist es vielmehr ausreichend, dass das nachteilige Rechtsgeschäft vom Schuldner »vorgenommen« wurde. Obwohl *Häsemeyer* deshalb im Weiteren auch einräumt, dass vom heutigen § 132 Abs. 1 InsO als »Regelungsrest« ebenfalls einseitige Rechtsgeschäfte sowie Verfügungsgeschäfte erfasst sein könnten,<sup>185</sup> entspricht es allerdings gerade einer Fortsetzung der historischen Eingrenzung auf einen nicht-wertäquivalenten Leistungsaustausch, wenn *Henckel* wie gesehen der Ansicht ist, dass Verfügungsgeschäfte von vornherein nicht unmittelbar nachteilig sein könnten, weil sie für sich betrachtet einen Leistungsaustausch schon nicht beinhalten.<sup>186</sup>

Zwar wird dieses restriktive Verständnis der unmittelbaren Nachteiligkeit durch das weitere Zusammenspiel der Anfechtungstatbestände auf den ersten Blick sowohl ermöglicht als auch bestätigt. Denn zur Anfechtung von Verfügungs- bzw. Erfüllungsgeschäften ist § 132 InsO im Regelfall nicht erforderlich; stattdessen kann normalerweise auf die Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO verwiesen werden.<sup>187</sup> Am Prüfstein des Dreipersonenverhältnisses versagt ein solcher Verweis auf die §§ 130, 131 InsO allerdings. Denn diese Tatbestände sind nach ihrem klaren Wortlaut nur auf Deckungen gegenüber Insolvenzgläubigern – nicht aber gegenüber Drittgläubigern – anwendbar, so dass die Tilgung einer fremden Schuld gemäß §§ 267, 326 Abs. 1 BGB von der Deckungsanfechtung nicht erfasst werden kann.<sup>188</sup>

*Illustration:*



<sup>181</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.66; *HK/Kreft*, InsO, § 132 Rn. 1; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 7. Vgl. auch *MüKo/Kayser*, InsO, § 132 Rn. 9; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 12. Siehe auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159.

<sup>182</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.66; ihm insoweit folgend *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 9.

<sup>183</sup> *Häsemeyer*, aaO. Vgl. auch *Kübler/Prütting/Bork/Schoppmeier*, InsO, § 132 Rn. 23; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 2.

<sup>184</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159.

<sup>185</sup> *Häsemeyer*, aaO.

<sup>186</sup> *Henckel*, ZIP 2004, 1671, 1673; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 12.

<sup>187</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.67; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 8; *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 53. Vgl. auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 431.

<sup>188</sup> BGH, NJW-RR 2004, 983, noch für § 30 Nr. 2 KO; *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 52; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 130 Rn. 23; *Henckel*, ZIP 2004, 1671; *Huber*, ZInsO 2010, 977.

Soweit *Henckel* deshalb ein Verfügungsgeschäft gegenüber Drittgläubigern auch nach § 132 InsO als anfechtbar ansieht,<sup>189</sup> steht dies wiederum im Widerspruch zur Auffassung, dass sich eine unmittelbare Nachteiligkeit an Verfügungsgeschäften mangels der Beinhaltung einer Gegenleistung eigentlich nicht ablesen lasse. Zu Inkonsequenzen kommt es aber auch bei einseitigen Rechtsgeschäften. Denn engte man die unmittelbare Nachteiligkeit tatsächlich auf einen nicht-wertäquivalenten Leistungsaustausch ein, müsste sie bei einseitigen Rechtsgeschäften – wie beispielsweise Kündigungen – ebenso wenig festgestellt werden können, weil diese für sich betrachtet ebenfalls noch keine Gegenleistung beinhalten.<sup>190</sup> Allerdings sind sie seit der Insolvenzrechtsreform von § 132 InsO unstreitig erfasst.<sup>191</sup>

Die Idee, den Begriff der unmittelbaren Nachteiligkeit auf einen nicht-wertäquivalenten Austausch von Leistungen einzuschränken, lässt sich somit nur noch rechtshistorisch erklären und kann nach der heutigen Rechtslage nicht mehr überzeugen. Zwar wurde oben dargelegt, dass zur Feststellung einer unmittelbaren Nachteiligkeit auch gemäß der hier vertretenen Auffassung in erster Linie nach einer gleichwertigen Gegenleistung zu fragen ist. Fehlt es allerdings bereits an der Gegenleistung selbst, wird die unmittelbare Nachteiligkeit hierdurch nicht etwa ausgeschlossen, sondern liegt sie vielmehr *erst recht* vor. Richtigerweise ist zur Feststellung einer unmittelbaren Nachteiligkeit ein Austausch von Leistungen also nicht erforderlich.

## (2) **Nachwirkungen der »Einheitstheorie« bei Bargeschäften**

Gerade der Leistungsaustausch ist allerdings auch das Thema des Bargeschäftsprivilegs. Noch unter der Konkursordnung wurde im Rahmen von Bargeschäften die damals herrschende »Einheitstheorie«<sup>192</sup> entwickelt, die mit dem alten § 30 Nr. 1 Fall 1 KO eng verbunden war. Wie dieser zeitigt sie ebenfalls noch Nachwirkungen auf die Beurteilung der Nachteiligkeit eines Erfüllungsgeschäfts. Denn nach der Einheitstheorie wurden Kausal- und Erfüllungsgeschäfte abweichend vom zivilrechtlichen Abstraktions- und Trennungsprinzip als eine Einheit angesehen, wenn das Kausalgeschäft gemäß § 30 Nr. 1 Fall 1 KO aufgrund der Vereinbarung eines gleichwertigen Leistungsaustauschs nicht anfechtbar war.<sup>193</sup> Diese einheitliche Betrachtung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft hatte das Ziel, ein (kongruentes)<sup>194</sup> Erfüllungsgeschäft als sogenannte »Bardeckung« einer eigentlich einschlägigen Deckungsanfechtung zu entziehen.<sup>195</sup> Insoweit musste sie zur Folge haben, dass genauso wie das Kausalgeschäft die Gläubiger aufgrund der wertäquivalenten Leistungen nicht benachteiligte, das Erfüllungsgeschäft ebenfalls keine Gläubigerbenachteiligung begründen konnte, weshalb es von einer Anfechtung ausgeschlossen war. Dabei wurde entsprechend eines gemeinsamen Oberbegriffs der Gläubigerbenachteiligung regelmäßig nicht weiter danach differenziert, ob bei Bardeckungen eine „mittelbare“ oder unmittelbare Nachteiligkeit fehle.<sup>196</sup>

Wenn heute weitgehend anerkannt ist, dass die Anfechtbarkeit von Kausal- und Erfüllungsgeschäften entsprechend des Abstraktions- und Trennungsprinzips gesondert zu beurteilen ist,<sup>197</sup>

---

<sup>189</sup> So Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 8; zweifelnd aber noch *ders.*, ZIP 2004, 1671, 1673. Siehe zur Anwendbarkeit des § 132 InsO im Dreipersonenverhältnis auch noch unter B.IV.2)e)cc), Seite 115 ff.

<sup>190</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 32 möchte es daher für eine Gegenleistung im Falle der Kündigung als ausreichend erachten, dass die Gegenleistung zuvor in einem Vertrag vereinbart wurde. Warum dies nicht auch für Verfügungsgeschäfte gelten soll, bleibt dabei jedoch offen.

<sup>191</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.66; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 7.

<sup>192</sup> Vgl. die Diskussion bei Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 109 ff., sowie zum früheren Recht Jaeger/*Henckel*, KO (9. Auflage 1997), § 29 Rn. 71 ff.

<sup>193</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 109.

<sup>194</sup> Vgl. BGH, NJW 1993, 3267 f.

<sup>195</sup> BGH, aaO; Jaeger/*Henckel*, aaO.

<sup>196</sup> Vgl. etwa BGH, NJW 1977, 718; 1980, 1961, der lediglich allgemein formuliert, dass die Gläubiger bei einem Bargeschäft nicht benachteiligt werden. Kritisch deshalb auch *Eckardt*, ZIP 1999, 1417, 1421.

<sup>197</sup> Siehe bereits die Nachweise in Fn. 118.

müsste dies konsequenterweise auch im Rahmen eines Bargeschäfts gelten. Auch *Henckel* weist zu Recht darauf hin, dass die Einheitstheorie insofern nicht mehr erforderlich ist, weil das mit der Insolvenzrechtsreform eingeführte Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO nunmehr schon sicherstellt, dass eine unanfechtbare Erfüllung von ausgeglichenen Kausalverträgen möglich ist.<sup>198</sup> In diesem Sinne könnte das Bargeschäft also vom Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung rechtsdogmatisch wieder abgekoppelt und das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO stattdessen als dogmatisch eigenständige Regelung der Unanfechtbarkeit angesehen werden.

Indessen wird § 142 InsO überwiegend in dem Sinne verstanden, dass er den zur Konkursordnung geltenden Grundsatz gerade kodifiziert habe,<sup>199</sup> so dass die im Kausalvertrag vereinbarte Gegenleistung auch heute noch zum Ausschluss einer Nachteiligkeit der erfüllenden Leistung des Schuldners herangezogen wird.<sup>200</sup> Mit einheitlichem Blick auf das Ergebnis des Leistungsaustausches, heißt es somit wie schon zum alten Recht, dass das Vermögen des Schuldners bei Bargeschäften per Saldo aufrechterhalten werde und es sich demnach um eine unanfechtbare bloße »Vermögensumschichtung« handle, die die Gläubiger nicht benachteilige.<sup>201</sup> Tatsächlich ist eine solche Ablehnung der Nachteiligkeit eines Bargeschäfts allerdings viel zu pauschal und führt bei beiden Begriffen der Gläubigerbenachteiligung wieder zu Inkonsequenzen.

#### (a) Generelles Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung?

Denn sofern verbreitet schon nicht weiter präzisiert wird, ob bei einem Bargeschäft eine mittelbare oder unmittelbare Nachteiligkeit entfallen solle,<sup>202</sup> würde ein generelles Abstellen auf eine fehlende Gläubigerbenachteiligung dazu führen, dass eine Anfechtbarkeit bereits aufgrund von § 129 Abs. 1 InsO ausgeschlossen wäre.<sup>203</sup> Folglich hätte die Normierung des Bargeschäftsprivilegs eine rein deklaratorische Bedeutung.<sup>204</sup> Während in diesem Falle die Einfügung des § 142 InsO also eigentlich überflüssig gewesen wäre, entspricht dies zwar der Vorstellung, dass durch § 142 InsO keine Neuerungen eingetreten sind, sondern lediglich die im alten Recht schon anerkannte Rechtslage festgeschrieben wurde. Allerdings ließe sich das Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 InsO freilich nicht mit der in § 142 InsO ausdrücklich normierten Gegen Ausnahme der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO vereinbaren. Denn nach allgemeiner Ansicht setzt auch § 133 Abs. 1 InsO zumindest eine „mittelbare“ Gläubigerbenachteiligung voraus.<sup>205</sup> Wenn die Gegen Ausnahme des § 142 InsO nicht sinnlos sein soll, kann bei Bargeschäften eine Gläubigerbenachteiligung also nicht bereits generell entfallen. Die gegenteilige Annahme würde vielmehr über das Ziel des Bargeschäftsprivilegs hinauschießen.<sup>206</sup>

<sup>198</sup> Treffend Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 5 und § 142 Rn. 2.

<sup>199</sup> Vgl. insbesondere Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO § 142 Rn. 3; Braun/*Riggert*, InsO, § 142 Rn. 2. Siehe auch die dahingehende Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 167. Andere Ansicht etwa Jaeger/*Henckel*, InsO, § 142 Rn. 2; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.40 (dort Fn. 197).

<sup>200</sup> Andres/*Leithaus/Leithaus*, InsO, § 142 Rn. 2; Nerlich/*Römermann/Nerlich*, InsO, § 142 Rn. 2.

<sup>201</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2010, 3578 Rn. 24; MüKo/*Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 9; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, aaO. Erstmals auf eine bloße Vermögensumschichtung hinweisend *K. Schmidt*, WM 1983, 490, 493.

<sup>202</sup> Vgl. etwa BGH, NJW-RR 2005, 916, 918; Braun/*Riggert*, aaO; Nerlich/*Römermann/Nerlich*, aaO; Reul/*Heckschen/Wienberg/Wienberg*, Insolvenzrecht, J Rn. 55; Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 53 f., die im Rahmen des § 142 InsO nur allgemein auf eine fehlende Gläubigerbenachteiligung abstellen.

<sup>203</sup> *Ganter*, ZIP 2012, 2037; insofern auch *Kayser*, FS Fischer (2008), 267, 270.

<sup>204</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 371; ebenso *Ganter*, aaO.

<sup>205</sup> Siehe nur BGH, NZI 2009, 768 Rn. 5; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 133 Rn. 15; MüKo/*Kayser*, InsO, § 133 Rn. 11; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 32.

<sup>206</sup> In diesem Sinne auch *Klinck*, Grundlagen, S. 379; *Eckardt*, ZIP 1999, 1417, 1422.

**(b) Fehlen einer unmittelbaren Nachteiligkeit?**

Soweit hingegen von der wohl überwiegenden Ansicht *prima facie* exakter nur die unmittelbare Nachteiligkeit der Erfüllung eines Bargeschäfts abgelehnt wird,<sup>207</sup> greift dies wiederum zu kurz, weil das bloße Fehlen einer unmittelbaren Nachteiligkeit nur solche Tatbestände ausschließen könnte, welche eine unmittelbare Nachteiligkeit überhaupt erfordern. Gerade im Fall der Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO ist dies jedoch selbst nach der herrschenden Meinung nicht der Fall. Wie dargelegt wird zum Teil sogar angenommen, dass Erfüllungsgeschäfte die Gläubiger von vornherein nur „mittelbar“ benachteiligen können. Die herrschende Meinung geht dementsprechend auch davon aus, dass für die Anfechtbarkeit eines Erfüllungsgeschäfts eine „mittelbare“ Gläubigerbenachteiligung ausreiche.<sup>208</sup> Dann ist allerdings bereits der Mehrwert der Vorstellung einer fehlenden unmittelbaren Nachteiligkeit bei Bargeschäften nicht ersichtlich, weil bei diesen schließlich gerade die Deckungsanfechtung ausgeschlossen werden soll.

Darüber hinaus stimmt diese Vorstellung aber auch in der Sache nicht, wenn man im Rahmen eines Bargeschäfts die unmittelbaren Auswirkungen der ausgetauschten Leistungen genauer betrachtet. Denn obwohl § 142 InsO seinem Wortlaut nach voraussetzt, dass für die Leistung des Schuldners »unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung« erbracht werden müsse, ist bereits seit langem unstrittig, dass der Leistungsaustausch nicht etwa Zug-um-Zug erfolgen muss, sondern auch bei einem Bargeschäft Vor- und Nachleistungen möglich sind.<sup>209</sup> Soweit der Schuldner daher im Rahmen des § 142 InsO *nachleistet*, ist der an der Leistung des Schuldners unmittelbar anknüpfende Vorteil allerdings wie gesehen nichts anderes mehr, als nur noch die Befreiung von seiner Verbindlichkeit. Wendet der Schuldner für diese Schuldbefreiung sein Haftungsvermögen auf, ist die bloße Schuldbefreiung jedoch mangels wirtschaftlicher Verwertbarkeit nicht als gleichwertig zur Vermögensbelastung anzusehen.

Doch selbst wenn man aufgrund einer einheitlichen Gesamtbetrachtung für die gleichwertige Gegenleistung auf die bereits erbrachte Vorleistung des Gegners abstellen würde, wären wertende Korrekturen erforderlich.<sup>210</sup> Denn als Vorleistung könnte diese bis zum späteren Zeitpunkt der Leistung des Schuldners ihre Gleichwertigkeit auch wieder verloren haben. Will man in dieser Situation eine unmittelbare Nachteiligkeit der Leistung des Schuldners gleichwohl pauschal ablehnen, ist man deshalb dazu gezwungen, eine bis zur Leistung des Schuldners eingetretene Verschlechterung der Gegenleistung auszublenden.<sup>211</sup> *Kayser* begründet diese Korrektur mit dem »Zweck« der unmittelbaren Nachteiligkeit, welcher darin liege, denjenigen Nachteil als unerheblich auszuschließen, der durch den späteren Verlust oder die Entwertung der Gegenleistung eintrete.<sup>212</sup>

**(c) Loslösung von der Einheitstheorie - § 142 InsO als eigenständige Regelung**

Durch diese Korrektur wird in der Sache allerdings entgegen dem Abstraktions- und Trennungsprinzip an einer einheitlichen Betrachtung des Leistungsaustausches festgehalten, ohne dass es hierfür einen überzeugenden Grund gäbe. Denn wenn auf diesem Wege das Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung hergeleitet werden soll, das seinerseits wiederum – wie noch

---

<sup>207</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 142 Rn. 2; HK/Kreft, InsO, § 142 Rn. 49; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 1 und 22; Lwowski/Wunderlich, FS Kirchhof (2003), 301, 302. Vgl. auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 167 und *Ganter*, ZIP 2012, 2037, 2038. Zu Recht ablehnend hingegen *Klinck*, aaO.

<sup>208</sup> Siehe nur MüKo/*Kayser*, InsO, § 130 Rn. 23; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 130 Rn. 61.

<sup>209</sup> BGH, NJW 2006, 2701 Rn. 31; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 16; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 28.

<sup>210</sup> Vgl. auch *Kayser*, FS Fischer (2008), 267, 269, der einräumt, dass das Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung bei Bargeschäften aus einer »in gewisser Weise wertenden« Feststellung folgt.

<sup>211</sup> MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 113.

<sup>212</sup> MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 112.

zum alten Recht – die Unanfechtbarkeit des Bargeschäfts begründet, ist diese Argumentation wie gesehen bereits von vornherein ungeeignet, die Regelung des § 142 InsO in sich stimmig zu erklären. Hilft die Einheitsbetrachtung insofern also überhaupt nicht weiter, führt sie stattdessen nur zu unnötigen Inkonsistenzen. Nach hier vertretener Auffassung sollte sie deshalb insgesamt aufgegeben werden.<sup>213</sup>

Löst man sich in diesem Sinne also vollständig von den Nachwirkungen der alten Einheits-  
theorie, wird es hierdurch zwar erforderlich, alternative Erklärungsansätze zur rechtsdogmatischen Begründung der Unanfechtbarkeit eines Bargeschäfts zu entwickeln; diese sind an einer späteren Stelle der Arbeit noch zu erörtern.<sup>214</sup> Zumindest für das Verhältnis zwischen dem Begriff der Gläubigerbenachteiligung und dem Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO ist hierdurch allerdings jetzt schon klar, dass letzteres eine dogmatisch *eigenständige* Bedeutung haben muss, weil es richtigerweise vom Fehlen einer unmittelbaren oder „mittelbaren“ Nachteiligkeit zu unterscheiden ist.<sup>215</sup>

### 3) Zwischenfazit

Hinsichtlich der allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen der §§ 129 InsO, 1 AnfG lässt sich demgemäß bis hierhin festhalten, dass nach der traditionellen Sichtweise eine ganz erhebliche Begriffsverwirrung besteht, die den eigentlichen Bedeutungsgehalt dieser Voraussetzungen verschleiert. Insbesondere die Gläubigerbenachteiligung erscheint dabei als äußerst schillernder Begriff, weil nach der hergebrachten Auffassung sowohl die Belastung des Schuldnervermögens, die unmittelbare Nachteiligkeit einer Rechtshandlung, als auch das Bargeschäft allesamt entweder mit dem Vorliegen oder dem Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG vermengt werden. Bei genauerer Betrachtung führt diese Vermengung jedoch zu vielfältigen Inkonsistenzen durch einzelfallabhängige Korrekturen, die die Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas erschweren und dadurch letztlich nur das Verständnis des Gläubigeranfechtungsrechts als »typisches Fallrecht« befeuern. Diese Inkonsistenzen lassen sich erst überwinden, indem zwischen den einzelnen Begrifflichkeiten rechtsdogmatisch streng unterschieden wird.

In diesem Sinne ist das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO richtigerweise als eigenständige Regelung der Unanfechtbarkeit eines Leistungsaustauschs zu verstehen, die entgegen der herkömmlichen Ansicht weder mit dem Fehlen einer unmittelbaren noch einer „mittelbaren“ Gläubigerbenachteiligung begründet werden kann. Aber auch hinsichtlich der Kategorien einer unmittelbaren und „mittelbaren“ Nachteiligkeit ist bereits die traditionelle Vorstellung abzulehnen, wonach beide Begriffe nur zwei Unterfälle eines gemeinsamen Oberbegriffs darstellen. Stattdessen ist die Gläubigerbenachteiligung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG auf die Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs im späteren Vollstreckungsverfahren zu präzisieren und insofern naturgemäß zeitlich mittelbar, wohingegen sich die unmittelbare Nachteiligkeit im Sinne der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO, 3 Abs. 2 AnfG allein auf den negativen Vermögenssaldo bezieht, den die Rechtshandlung bereits »selbst« beinhaltet.

Von besonderer Bedeutung ist schließlich die Unterscheidung zwischen der Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG und der Belastung des Schuldnervermögens. Denn während die Vermögensbelastung einen Vorgang im Schuldnervermögen darstellt, han-

<sup>213</sup> Im Ergebnis ebenso Jaeger/Henckel, InsO, § 132 Rn. 14, nach dem aufgrund des heutigen § 142 InsO die vom Standpunkt der Einheits-  
theorie formulierten Schlussfolgerungen entbehrlich und deshalb »nicht korrekt« sind.

<sup>214</sup> Siehe zu den bereits in der Diskussion befindlichen alternativen Begründungsansätzen noch unter B.IV.2)f)bb), Seite 121, sowie zur hier vertretenen dogmatischen Begründung des Bargeschäftsprivilegs bereits unmisshaft unter B.IV.2)f)cc), Seite 122.

<sup>215</sup> Im Ergebnis ebenso Klinck, Grundlagen, S. 380. Kritisch auch HK/Kreft, InsO, § 129 Rn. 50.

delt es sich bei der Gläubigerbenachteiligung nicht um einen solchen Vorgang, sondern erst um dessen (mögliche) anschließende Folge in Form eines finanziellen Ausfalls der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren. Als bloße Vorbedingung dieses Ausfalls ist die Vermögensbelastung damit richtigerweise allerdings nicht dem Begriff der Gläubigerbenachteiligung, sondern vielmehr dem vorgelagerten Begriff der Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG zuzuordnen.

## II. Gleichbehandlung der Gläubiger

Während die §§ 129 InsO, 1 AnfG mit den Kriterien der Rechtshandlung sowie der Gläubigerbenachteiligung bereits die allgemeinen Grundvoraussetzungen einer jeden Anfechtung normieren, soll nach dem traditionellen Verständnis der herrschenden Meinung der tiefere Legitimationsgrund einer Anfechtung jedoch erst in den einzelnen Anfechtungstatbeständen liegen. In diesem Sinne wurde anfangs schon erwähnt, dass nach herkömmlicher Ansicht die Tatbestände rechtsdogmatisch selbständige Anfechtungsgründe darstellen sollen, die jeweils Ausdruck unterschiedlicher Wertungen seien. Das damit einhergehende Fehlen einer gemeinsamen Wertungsgrundlage stellt jedoch die eigentliche Ursache für das traditionelle Verständnis des Anfechtungsrechts als »typisches Fallrecht« dar. Denn ohne eine allgemeine Legitimation muss auch die Herleitung eines allgemeinen Leitfadens der Anfechtbarkeit scheitern.

Um diesem Missstand zu begegnen, ist es erforderlich kritisch zu hinterfragen, ob die Anfechtungstatbestände tatsächlich den Legitimationsgrund der Anfechtung in sich tragen und in dieser Hinsicht auf verschiedenen Wertungen basieren. Deshalb soll sich im Folgenden demjenigen Grundsatz gewidmet werden, der als Rechtfertigungsgrund einer Anfechtung einerseits am häufigsten diskutiert wird, der andererseits jedoch aufgrund seiner bloß insolvenzspezifischen Geltung als allgemeiner Legitimationsgrund des Anfechtungsrechts gerade ausscheiden muss: gemeint ist der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.

### 1) Bedeutung der Gleichbehandlung der Gläubiger

In der Insolvenz des Schuldners ist dieser nicht in der Lage, seine fälligen Zahlungsverbindlichkeiten vollständig zu befriedigen,<sup>216</sup> so dass die Gläubiger auf ihre Forderungen einen Ausfall erleiden. Ihre Gleichbehandlung bedeutet, dass dieser Forderungsausfall nicht zulasten einzelner Gläubiger wirkt, sondern gleichmäßig auf alle Gläubiger verteilt wird. Dies geschieht, indem im Insolvenzverfahren die Forderung jedes Gläubigers eine lediglich anteilige Befriedigung zu einem bestimmten Prozentsatz – der sogenannten Quote – erfährt.<sup>217</sup> Erhält ein einzelner Gläubiger noch kurz vor dem Insolvenzverfahren auf seine Forderung mehr als diese Quote, wird er deshalb gegenüber den übrigen Gläubigern bevorzugt befriedigt und insofern ungleich behandelt.

Um jedoch eine solche Bevorzugung des Einzelgläubigers zu vermeiden und stattdessen die Gleichbehandlung aller Gläubiger durchzusetzen, soll es nach ganz herrschender Ansicht normativ zu rechtfertigen sein, dass eine noch kurz vor dem Insolvenzverfahren erfolgende Forderungsdeckung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wieder rückabgewickelt wird, indem sie einer Anfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO unterliegt.<sup>218</sup> Insofern soll die Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung also die eigentliche Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit bilden.

Tatsächlich kann die Gleichbehandlung der Gläubiger als Legitimationsgrund der Anfechtung aber nur dann herangezogen werden, wenn der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners auch eine normative Bedeutung zukäme. Um eben diesen Wertungsgehalt der Gläubigergleichbehandlung näher zu beleuchten, soll daher zunächst ihr allgemeiner Stellenwert im Insolvenzverfahren erörtert werden.

<sup>216</sup> MüKo/Eilenberger, InsO, § 14 Rn. 6.

<sup>217</sup> MüKo/Ganter/Lohmann, InsO, § 1 Rn. 52; Bork, Insolvenzrecht, Rn. 2.

<sup>218</sup> BGH, NJW 2004, 1385; MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 1; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 131 Rn. 5; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 131 Rn. 1.; Bork, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 1 Rn. 1; Dauernheim, Anfechtungsrecht, S. 35; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.38; Thole, Gläubigerschutz, S. 347.



## 2) Allgemeiner Stellenwert für das Insolvenzverfahren

Der im Insolvenzverfahren bestehende Stellenwert einer gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger ist nie exakt geklärt worden und unterliegt in der Rechtspraxis seit jeher einigen Schwankungen.<sup>219</sup> Dabei dreht sich die Diskussion vor allem um die Frage, ob die Gleichbehandlung als normatives Gerechtigkeitsprinzip auf einem zwischen den Gläubigern bestehenden Zuweisungsgrund beruht oder ob es sich letztlich lediglich um einen pragmatischen Verteilungsmodus handelt.<sup>220</sup>

### a) Aufwertung zum normativen Grundsatz?

Auch wenn der normative Gehalt einer Gleichbehandlung der Gläubiger von vereinzelten Stimmen in jüngerer Zeit angezweifelt wird,<sup>221</sup> so wird sie herkömmlicherweise doch von der ganz herrschenden Meinung nicht nur als pragmatische Regel im insolvenzrechtlichen Verteilungsverfahren angesehen. Vielmehr wird sie darüber hinaus auch als »grundlegendes Strukturprinzip« des Insolvenzverfahrens insgesamt anerkannt.<sup>222</sup> Selbst im Ausland entspricht es einer weit verbreiteten Sichtweise, dass in Gesamtvollstreckungen die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger als fundamentale Prämisse anzusehen sei.<sup>223</sup> So führt etwa der englische Insolvenzrechtler *Roy Goode* gegen die spärliche Kritik am Stellenwert der Gleichbehandlung der Gläubiger an, dass es ausgeschlossen sei, dass namhafte Juristen über die Landesgrenzen hinweg nur einem Irrtum aufgesessen seien.<sup>224</sup>

In diesem Sinne entspricht es also dem traditionellen Verständnis, das insolvenzrechtliche Phänomen der gleichmäßigen Verteilung der Haftungsmasse normativ aufzuwerten und daher gerade als »Grundsatz« der Gläubigergleichbehandlung (alternativ auch »par conditio creditorum« oder »pari passu principle« genannt)<sup>225</sup> zu bezeichnen. Dabei wird darauf hingewiesen, dass die Gleichbehandlung der Gläubiger als »Magna Carta des Insolvenzrechts«<sup>226</sup> das deutsche Insolvenzverfahren »wie jede Gesamtvollstreckung«<sup>227</sup> beherrsche und als dessen »unverfügbare Grundlage [...] an erster Stelle«<sup>228</sup> stehe. Insofern werden der Gläubigergleichbehandlung klassischerweise drei wichtige funktionale Elemente des Insolvenzverfahrens zugeordnet,<sup>229</sup> die im Folgenden näher beleuchtet werden sollen.

### aa) Ordnungsfunktion?

Die *par conditio creditorum* bildet das Gegenstück zum Präventions- oder Prioritätsgrundsatz der außerinsolvenzlichen Einzelvollstreckung. Während der Prioritätsgrundsatz dem erstzugreifenden Gläubiger gegenüber seinen Mitgläubigern gemäß § 804 Abs. 3 ZPO eine vorran-

---

<sup>219</sup> *Häsemeyer*, KTS 1982, 507. Vgl. auch *Inzitari*, ZEuP 1998, 677, 683; *Hanisch*, ZJP 90 (1977), 1, 2 f.

<sup>220</sup> Im Sinne ersteres vgl. *Berges*, KTS 1957, 49 ff.; *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 ff.; im Sinne letzteres vgl. *Mokal*, C.L.J. 2001, 581 ff.

<sup>221</sup> *Knospe*, ZInsO 2014, 861 ff.; *Mokal*, aaO. Kritisch auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 63 f.; *Berger*, ZJP 121 (2008), 407, 414; *Brehm*, FS Jelinek (2002), 15, 24 ff.

<sup>222</sup> *Thole*, aaO; mit unterschiedlichen Formulierungen ebenso etwa BGH, NZI 2002, 375, 376; MüKo/*Stürner*, InsO, Einl. Rn. 62; *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 2; *Weber*, KTS 1959, 80, 85.

<sup>223</sup> *Bork*, ZIP 2014, 797, 798. Siehe auch die rechtsvergleichenden Betrachtungen bei *Kodek*, KTS 2014, 215 ff., der allerdings bereits einleitend einschränkend darauf hinweist, dass diese »Einschätzung jedoch keineswegs so universell [ist], wie es auf den ersten Blick den Anschein hat«.

<sup>224</sup> *Goode*, Principles, 3-07 der auf Kritik am *pari passu principle* entgegnet: »The importance of its observance have been stressed in countless decisions by eminent judges as well as by innumerable writers, including scholars from overseas describing their own insolvency laws. Is it, then, the case that all of these have been guilty of a "misunderstanding of the nature of the liquidation regime?" Clearly not«.

<sup>225</sup> Während in der deutschen Diskussion die Wendung *par conditio creditorum* geläufiger ist, wird im anglo-amerikanischen Rechtskreis gewöhnlich vom *pari passu principle* gesprochen.

<sup>226</sup> *Huber*, ZInsO 2013, 1049, 1054; diese Formulierung übernehmend BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 25.

<sup>227</sup> *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 12, Rn. 10. Vgl. auch BGH, NJW 2000, 1117, 1118.

<sup>228</sup> *Häsemeyer*, KTS 1982, 507. Vgl. ebenso MüKo/*Stürner*, InsO, Einl. Rn. 62;

<sup>229</sup> *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 511; *Mokal*, C.L.J. 2001, 581f.

gige Befriedigung gewährt,<sup>230</sup> führte seine Geltung in der Insolvenz des Schuldners allerdings zum vielzitierten »Wettlauf der Gläubiger« (*race to the assets*),<sup>231</sup> der wiederum in einem unkoordinierten Kampf um die beim Schuldner noch verbliebenen Vermögenswerte »die Gefahr offener, gemeinschädlicher Konflikte« heraufbeschwörte.<sup>232</sup> Daraus schlussfolgert die herkömmliche Ansicht, dass dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung eine Ordnungsfunktion zukommen müsse, weil er durch die Ablösung des Prioritätsgrundsatzes einen solchen Wettlauf der Gläubiger unterbinde und somit auch bei der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners noch eine geordnete Vollstreckung ermögliche.

#### **bb) Ausdruck von Gerechtigkeit?**

Über diese rein ordnungspolitische Funktion hinaus, wird die *par conditio creditorum* zudem als Ausdruck materieller Gerechtigkeit empfunden (*equality as fairness*).<sup>233</sup> Zur Erläuterung findet man in der deutschen Diskussion verschiedene Ansätze. So wurde etwa der Gedanke herangezogen, dass ein Forderungsausfall in der Insolvenz des Schuldners von vielen leichter getragen werden könne, denn von wenigen.<sup>234</sup> Häsemeyer bemüht hingegen eine dogmatische Erklärung. So ist er der Ansicht, die Gleichbehandlung beruhe auf einer materiell-rechtlichen »Ausgleichshaftung« die zwischen den Gläubigern bestehe, da diese bereits aufgrund ihrer Gläubigereigenschaft auf das Vermögen des Schuldners wechselseitig Einfluss nehmen würden und deshalb »in einer wechselseitigen „Verantwortung“ [stünden], die nur durch wechselseitig-gleichmäßige Forderungskürzung ausgeglichen werden« könne.<sup>235</sup> Überwiegend wird allerdings auf eine nähere Rechtfertigung verzichtet. Stattdessen wird eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger entweder schlicht als »ungerecht«<sup>236</sup> bezeichnet oder mit pathetischen Ausrufen wie »Das Vorrecht ist der Feind jeden Rechts!«<sup>237</sup> aufgrund allgemeiner Billigkeitserwägungen abgelehnt.

#### **cc) Grundregel im Verteilungsverfahren?**

Aus dem Gedanken der Gerechtigkeit folgend, wird die *par conditio creditorum* in ihrer dritten Funktion gewöhnlicher Weise als „Grundregel“ im insolvenzrechtlichen Verteilungsverfahren gedeutet (*default principle*), von der Abweichungen die Ausnahme darstellen müssten und zudem einer näheren Erklärung bedürften.<sup>238</sup> Sofern die Gleichbehandlung von Häsemeyer mit einer materiell-rechtlichen Ausgleichshaftung dogmatisch begründet wird, heißt es dazu resolut, dass diese »nicht zu beliebigen Zwecken oder wegen besonderer Umstände in der Person einzelner Gläubiger außer Kraft gesetzt werden« könne.<sup>239</sup> Hingegen wird überwiegend angemerkt, dass es der *par conditio creditorum* nicht auf eine rein formale Gleichheit ankomme, sondern Ausnahmen im Sinne des allgemeinen Gerechtigkeitsprinzips »Gleiches gleich, aber Ungleiches ungleich« zu behandeln, materiell sogar geboten sein könnten.<sup>240</sup> In-

<sup>230</sup> Vgl. nur MüKo/Stürner, aaO; Berger, ZJP 121 (2008), 407, 408; Thole, Gläubigerschutz, S. 61.

<sup>231</sup> Goode, Insolvency, para. 8-02; MüKo/Ganter/Lohmann, InsO, § 1 Rn. 51; Thole, Gläubigerschutz, S. 17.

<sup>232</sup> Häsemeyer, KTS 1982, 507, 513.

<sup>233</sup> BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 26; Leonhard/Smid/Zeuner/Smid/Leonhardt, InsO, § 1 R. 34; MüKo/Ganter/Lohmann, InsO, § 1 Rn. 51 f.; Häsemeyer, KTS 1982, 507, 512; Ries, ZInsO 2007, 1037; relativierend aber Stürner, ZJP 99 (1986), 291, 326 f.

<sup>234</sup> Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 1. Ähnlich BGH, aaO; Ries, aaO, die von einer »solidarischen« Verteilung des Ausfallrisikos sprechen.

<sup>235</sup> Häsemeyer, KTS 1982, 507, 517; ihm folgend Smid, Insolvenzrecht, Rn. 22. Zu Recht ablehnend hingegen Klinck, Grundlagen, S. 62 f.; Wiringer-Seiler, Anfechtungsrecht, S. 92; Brehm, FS Jelinek (2002), 15, 25.

<sup>236</sup> MüKo/Ganter/Lohmann, InsO, § 1 Rn. 51.

<sup>237</sup> Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, Kap. 12 Rn. 10.

<sup>238</sup> Bork, ZIP 2014, 797, 800. Vgl. auch MüKo/Stürner, InsO, Einl. Rn. 1.

<sup>239</sup> Häsemeyer, KTS 1982, 507, 517.

<sup>240</sup> Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, aaO. Vgl. auch MüKo/Stürner, InsO, Einl. Rn. 62; Thole, Gläubigerschutz, S. 61.

sofern würde die Privilegierung bestimmter Gläubiger die *par conditio creditorum* nicht durchbrechen, sondern vielmehr sogar *bestätigen*.<sup>241</sup> Eine im Verteilungsverfahren bestehende Rangordnung stelle daher nicht bereits für sich, sondern allein aufgrund einer falschen Gewichtung einen Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung dar.<sup>242</sup>

## b) Kritik

Trotz dieser auf dem ersten Blick einleuchtenden Charakterisierung der Gläubigergleichbehandlung als die sowohl ordnungsschaffende als auch an Gerechtigkeit orientierte normative Grundprämisse des Insolvenzrechts, gibt es im deutschen Rechtsdiskurs allerdings durchaus Stimmen, welche ihren so verstandenen Stellenwert hinterfragen.<sup>243</sup> Erweitert man zudem den Diskussionsstand über die deutschen Landesgrenzen noch hinaus, finden sich für die das insolvenzrechtliche Phänomen der *par conditio creditorum* schließlich ganz andere Erklärungsansätze, die auf Basis einer nüchternen ökonomischen Analyse die traditionell eher pathetischen Argumente ernsthaft untergraben.<sup>244</sup>

### aa) Keine Ordnungsfunktion

Betrachtet man zunächst die Ordnungsfunktion genauer, welche der Gleichbehandlung der Gläubiger innewohnen soll, so hat der englische Insolvenzrechtler *Mokal* zu Recht ausgeführt, dass einer solchen Ansicht wiederum eine Vermengung zweier unterschiedlicher Aspekte zugrunde liegt. Insofern ist die *gleichmäßige* Gläubigerbefriedigung zu unterscheiden von der in einem geordneten Kollektivverfahren ermöglichten *gemeinschaftlichen* Befriedigung der Gläubiger.<sup>245</sup> Dem entspricht es, dass auch in der deutschen Diskussion auf diese Unterscheidung von einigen Literaturstimmen hingewiesen wird, wenn es heißt, dass § 1 InsO lediglich die gemeinschaftliche, nicht aber auch die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung als Verfahrenszweck nenne.<sup>246</sup> Dabei ist es zwar richtig, dass der in der Einzelvollstreckung geltende Prioritätsgrundsatz zu einem ungeordneten Wettlauf der Gläubiger führt, dem durch das Insolvenzverfahren ein Ende bereitet werden soll. Doch reicht es dazu bereits aus, dass die Einzelvollstreckung durch eine geordnete Gesamtvollstreckung verdrängt wird, ohne dass damit zugleich auch begründet wäre, dass die Befriedigung innerhalb dieser Ordnung gleichmäßig erfolgen müsste.<sup>247</sup>

Versteht man deshalb die gemeinschaftliche und die gleichmäßige Befriedigung als getrennte Aspekte, wird dadurch der in § 1 InsO normierte Zweck des insolvenzrechtlichen Kollektivverfahrens nicht etwa sinnentleert.<sup>248</sup> Eine ökonomische Analyse des Insolvenzrechts ergibt vielmehr, dass eine gemeinschaftliche Gesamtvollstreckung (*collective procedure*) der Steigerung des Ertrages aus der Insolvenzmasse und damit der effizientesten Befriedigung der Gläubigergesamtheit dient.<sup>249</sup> Denn durch den Ausschluss eines eigenmächtigen Wettlaufs der

---

<sup>241</sup> *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, aaO.

<sup>242</sup> *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, aaO.

<sup>243</sup> *Knospe*, ZInsO 2014, 861 ff. Vgl. auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 63 f.; *Berger*, ZJP 121 (2008), 407, 413 ff.; *Brehm*, FS Jelinek (2002), 15, 24 ff.

<sup>244</sup> Siehe insbesondere *Mokal*, C.L.J. 2001, 581 ff.; skeptisch auch *Fletcher*, *Insolvency*, para. 24-051, der meint, zumindest das englische Insolvenzrecht sei in Wirklichkeit »scarcely such as to sustain credence in the traditional arguments that the *pari passu* principle is the very foundation of the entire system« und vielmehr zu bedenken gibt, dass »[t]he doctrinal and practical issues [...] are much in need of a thorough re-examination«.

<sup>245</sup> *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 593. Ebenfalls auf die Unterscheidung hinweisend, etwa *Jaeger/Henckel*, InsO, § 1 Rn. 6; *Fletcher*, *Insolvency*, para. 24-049; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 61.

<sup>246</sup> *Jaeger/Henckel*, aaO; *Thole*, aaO; *Knospe*, ZInsO 2014, 861, 863. Vgl. auch *Bork*, ZIP 2014, 797, 798.

<sup>247</sup> *Mokal*, aaO; *Jaeger/Henckel*, aaO. Anders aber, wenn auch ohne nähere Begründung, BGH, NZI 2003, 315, 316; HK/*Kirchhof*, InsO, § 1 Rn. 4; MüKo/*Ganter/Lohmann*, InsO, § 1 Rn. 52; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, aaO.

<sup>248</sup> So aber anscheinend die Befürchtung von *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 511.

<sup>249</sup> *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 592.

Gläubiger, werden diesen einerseits die Kosten zur Überwachung (*monitoring*) des Schuldners erspart, welche sonst erforderlich wären um im Wettlauf zu obsiegen.<sup>250</sup> Andererseits ermöglicht das geordnete Kollektivverfahren die Nutzung von Verbundwerten sowie die Sanierung von insolventen Schuldnerunternehmen. Insbesondere wird in einem gemeinschaftlichen Verfahren verhindert, dass die beim Schuldner noch bestehenden Vermögenswerte durch hastige, unkoordinierte Einzelvollstreckungen unnötig zerstört werden.<sup>251</sup>

Demgemäß dienen die ordnungsschaffenden Wirkungen einer gemeinschaftlichen Befriedigung also keineswegs automatisch der Gläubigergleichbehandlung, sondern der Ertragsmaximierung bei der Vollstreckung in die Vermögensmasse. Diese möglichst effiziente Haftungsrealisierung kann jedoch nicht nur unabhängig von einer Gleichbehandlung betrachtet werden, sondern stellt ausweislich der Gesetzesmaterialien zur InsO sogar das *Hauptziel* des Verfahrens dar.<sup>252</sup>

Sofern demgegenüber von *Häsemeyer* argumentiert wird, dass das Insolvenzverfahren ohne eine Gleichbehandlung der Gläubiger gewissermaßen als rein formaler Zweck »nur um der Ordnung und des Friedens willen« existiere, und daraus geschlussfolgert werden soll, dass der Gläubigergleichbehandlung ein materieller Zuweisungsgehalt zukommen müsse,<sup>253</sup> kann dies nicht überzeugen. Stattdessen zeigt sich anhand eines solchen Rückschlusses, dass die Aufwertung der Gläubigergleichbehandlung – zumindest auch – von der Suche nach einem vermeintlich fehlenden „tieferen Sinn“ des Insolvenzverfahrens beeinflusst ist. Dieser Sinn ist als Hauptziel des Insolvenzrechts allerdings bereits vorhanden, nämlich eine möglichst effiziente Haftungsrealisierung in der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Die normative Bedeutung der *par conditio creditorum* lässt sich also allein mit dem Hinweis, dass es dem Insolvenzverfahren anderenfalls an einem materiellen Zweck fehle, nicht wirklich begründen.

#### **bb) Kein Ausdruck von Gerechtigkeit**

Vielmehr müsste für eine überzeugende Erklärung der normativen Bedeutung der *par conditio creditorum* vor allem erläutert werden können, weshalb es eigentlich gerecht sein soll, dass die Gläubiger im Insolvenzverfahren möglichst gleichbehandelt werden, respektive warum es umgekehrt eigentlich ungerecht wäre, zwischen den einzelnen Gläubigern zu differenzieren? *Thole* kritisiert zu Recht, dass die Verfechter der Gläubigergleichbehandlung insofern regelmäßig auf bloße Metaphorik zurückfallen.<sup>254</sup> Dass eine nähere Begründung jedoch erforderlich ist und es sich bei der *par conditio creditorum* eben nicht um eine Selbstverständlichkeit handelt,<sup>255</sup> folgt bereits aus ihrem schwankenden Stellenwert aufgrund zahlreicher Ausnahmen.<sup>256</sup>

<sup>250</sup> *Mokal*, aaO.

<sup>251</sup> *Mokal*, aaO. Vgl. auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 52 wonach es deshalb in der Insolvenz des Schuldners im Interesse der Gläubiger stehe, »auf ein eigenmächtiges, unkoordiniertes Vorgehen gegen den Schuldner zu verzichten«. Ähnlich *MüKo/Ganter/Lohmann*, InsO, § 1 Rn. 8, die darauf hinweisen, dass »unstrukturierte Verhandlungen eine Vielzahl rechtlich unverbundener Beteiligter Zeit und Geld kosten«.

<sup>252</sup> Siehe die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 108. Vgl. im Näheren *MüKo/Ganter/Lohmann*, InsO, § 1 Rn. 20; *Uhlenbruck/Pape*, InsO, § 1 Rn. 1; *Thole*, aaO.

<sup>253</sup> So *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 511. Vgl. auch *Brehm*, FS Jelinek (2002), 15, 26 f.

<sup>254</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 62 ff.; kritisch auch *Klinck*, Grundlagen, S. 34.

<sup>255</sup> Vgl. *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 413, der die Gleichbehandlung der Gläubiger als legitimierungsbedürftig ansieht; siehe auch *Knosp*, ZInsO 2014, 861, 871.

<sup>256</sup> Dies gibt auch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 zu, der diese Ausnahmen freilich als »gefährlich« bezeichnet. Vgl. auch *Hanisch*, ZZZ 90 (1977), 1, 7, nach dem die Aufweichung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung zu einem »desolaten Zustand« des Konkursrechts geführt habe. Relativierend hingegen *Bork*, ZIP 2014, 797, 799 f.

Insoweit wird zwar wie erwähnt behauptet, dass diese Ausnahmen von einer Gleichbehandlung nur formaler Natur seien, materiell allerdings den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß dem Gerechtigkeitsprinzip »Gleiches gleich, aber Ungleiches ungleich« zu behandeln, in Wirklichkeit sogar bestätigen würden.<sup>257</sup> Um dieses Argument anzuerkennen, muss sich jedoch gerade anhand eines materiellen Gerechtigkeitsmaßstabs überprüfen lassen können, wie es um die im Insolvenzverfahren verwirklichte materielle Gleichheit durch die Ausnahmen von einer formalen Gleichbehandlung tatsächlich bestellt ist. Diesbezüglich soll bereits ein einfaches Beispiel genügen.

Die wohl wichtigste Abweichung von einer formalen Gläubigergleichbehandlung stellt im Insolvenzverfahren die abgesonderte Befriedigung dinglich gesicherter Insolvenzgläubiger dar. Denn gemäß den §§ 49 ff. InsO besitzen Insolvenzgläubiger, die an einem Gegenstand der Insolvenzmasse ein dingliches Sicherungsrecht halten, bei der Verwertung dieses Gegenstandes gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern eine gesonderte Stellung, welche dazu führt, dass die gesicherten Gläubiger aus dem Erlös vorrangig befriedigt werden.

Zur Rechtfertigung einer solchen Bevorzugung wird zum Teil angeführt, dass es bei der Entstehung der Forderung jeder Gläubiger selbst in der Hand habe, sich vom Schuldner gleichfalls Sicherheiten bestellen zu lassen.<sup>258</sup> Wer dies nicht tue, müsse die Konsequenzen tragen, welche für alle gleich seien. Insofern wird also eine gleiche Ausgangslage postuliert, aufgrund derer begründet werden kann, dass als ungleich nur behandelt würde, wer sich ungleich verhält. Allerdings ist die Ausgangslage in der Rechtswirklichkeit oftmals keineswegs gleich, denn weder hat jeder Gläubiger die notwendige Marktmacht, um sich Sicherheiten bestellen zu lassen, noch ist jeder Gläubiger überhaupt aktiv an der Entstehung seiner Forderung beteiligt.<sup>259</sup> Insbesondere die insofern erfolgende Gleichsetzung von unfreiwilligen Deliktsgläubigern (*involuntary creditors*) mit ungesicherten Vertragsgläubigern (*voluntary creditors*), wird dementsprechend immer wieder als offensichtliches materielles Gerechtigkeitsproblem beklagt.<sup>260</sup> Diese Ungerechtigkeit wird durch die vermeintlich „gerechte“ Ausnahme von der Gleichbehandlung also nicht beseitigt, sondern sogar im Gegenteil erst verursacht.

Solche Gerechtigkeitskonflikte in der materiellen Anwendung der *par conditio creditorum* ließen sich beliebig fortführen, weil sich nie sämtliche Gläubiger in derselben Ausgangslage befunden haben. Nicht ganz zu Unrecht wird daher von *Häsemeyer* eingewendet, dass man immer Gründe finden könne, um eine Ungleichbehandlung zu fordern, dieses »Streben nach „minutiöser“ Gerechtigkeit« aber in Wahrheit auf bare Willkür hinauszulaufen drohe.<sup>261</sup> Wenn daraus zugleich jedoch geschlussfolgert werden soll, dass die Gläubigergleichbehandlung im Sinne eines materiell-rechtlichen Ausgleichs möglichst »absolut« gelten müsse,<sup>262</sup> das heißt eine Differenzierung also weitgehend abgelehnt wird, ist das eigentliche Problem nur leider nicht gelöst. Stattdessen wird sich lediglich dem anderen Extrem hingegen, ohne dass ersichtlich wäre, inwiefern gerade ein solches Ergebnis gerecht sein sollte.<sup>263</sup> In diesem Sinne weist *Knospe* vollkommen richtig darauf hin, dass es nicht minder willkürlich ist, wenn man »gravierende Unterschiede zwischen den Gläubigern völlig unberücksichtigt« lässt.<sup>264</sup>

---

<sup>257</sup> Siehe bereits unter B.II.2)a)cc), Seite 49.

<sup>258</sup> *Goode*, *Insolvency*, para. 2-29.; *Ferran*, *Finance*, S. 351. Vgl. auch *Thole*, *Gläubigerschutz*, S. 21 f.

<sup>259</sup> *Ferran*, aaO; *Thole*, *Gläubigerschutz*, S. 18 und 23; *Knospe*, *ZInsO* 2014, 861, 875; vgl. auch *Mokal*, *C.L.J.* 2001, 581, 609.

<sup>260</sup> Vgl. *Thole*, *Gläubigerschutz*, S. 22; *Brehm*, *Jelinek* (2002), 15, 25; aber auch *Goode*, *Insolvency*, para. 2-26.

<sup>261</sup> *Häsemeyer*, *KTS* 1982, 507, 516. Ebenso *BGH*, *NJW* 2014, 2579 Rn. 22 und die Begründung des *RegE*, *BT-Drs.* 12/2443 S. 90.

<sup>262</sup> *Häsemeyer*, *KTS* 1982, 507, 517.

<sup>263</sup> Kritisch auch *Thole*, *Gläubigerschutz*, S. 63; *Berger*, *ZZP* 121 (2008), 407, 414.

<sup>264</sup> *Knospe*, *ZInsO* 2014, 861, 875.

Vielmehr müsste es eigentlich dabei bleiben, dass »Gleiches gleich, aber Ungleiches ungleich« behandelt werden muss, will man den postulierten Gleichbehandlungsgrundsatz als einen Ausdruck gerade materieller – und nicht bloß formaler – Gleichheit ansehen.<sup>265</sup>

Allerdings wird durch den Einwand *Häsemeyers* zweierlei deutlich: Erstens zeigt sich, dass eine gerechte Unterscheidung zwar nicht von Willkür, aber notwendigerweise von subjektiven Wertungen in Form von Interessenabwägungen geprägt ist, welche abhängig vom Betrachter erheblichen Schwankungen unterliegen und letztlich keine rechtsdogmatische Herleitung des Juristen, sondern eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers darstellen.<sup>266</sup> Insbesondere können sich diese rechtspolitischen Gewichtungen innerhalb der Grenzen der Verfassung schnell wieder ändern, was tatsächlich auch geschieht.<sup>267</sup> Für die Anwendung oder gar indirekte Begründung materiell-rechtlicher Dogmatik ist das insolvenzrechtliche Verteilungsverfahren daher ungeeignet.<sup>268</sup>

Doch selbst wenn die rechtspolitischen Wertungen als fest angesehen werden sollten, ist es in einer Verteilungssituation, die aus einer beliebigen Kombination von Gläubigertypen bestehen kann – welche obendrein alle in wechselseitiger Konkurrenz stehen – aufgrund der überbordenden Komplexität rechtstheoretisch als auch rechtspraktisch äußerst schwierig, derart ausreichend zu differenzieren, dass die Gläubigerinteressen zu einem materiell gerechten Ausgleich gebracht werden. Diese unweigerliche Komplexität der Verteilungssituation stellt aus einer rechtsökonomischen Sicht denn auch den wahren Grund dafür dar, dass die Gläubigergleichbehandlung im Insolvenzverfahren in der Praxis überhaupt eine so verbreitete, aber normativ letztlich doch ernüchternd untergeordnete Rolle spielt.<sup>269</sup>

### cc) **Kontrollfunktion und subsidiäre Rückfallregel im Verteilungsverfahren**

Naturgemäß sind die in der Insolvenz des Schuldners zur Verfügung stehenden finanziellen Ressourcen nicht unbegrenzt, sondern im Gegenteil regelmäßig höchst limitiert. Nicht selten reichen sie nicht einmal aus, um die Kosten des Verfahrens zu tragen.<sup>270</sup> Es erklärt sich daher von selbst, dass die Verfahrenskosten möglichst gering gehalten werden sollten. Zugleich be-

<sup>265</sup> *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 520f. tendiert hingegen viel zu stark zur rein formalen Gleichbehandlung. So will er Deliktsgläubiger im Sinne einer „Ausgleichsgerechtigkeit“ selbst dann ungesicherten Vertragsgläubigern gleichstellen, wenn ihnen als reine Opfer einer unerlaubten Handlung ein eigenes Verhalten nicht zugerechnet werden kann. Dieses Ergebnis wurde soeben allerdings als materiell ungerecht kritisiert.

<sup>266</sup> Ähnlich auch *Knospe*, ZInsO 2014, 861, 870, sowie *Henckel*, FS Merz (1992), S. 215, der für die Verteilung im Insolvenzverfahren auf »die Notwendigkeit politischer Entscheidungen« hinweist, die »nicht durch dogmatische Scheinargumente verschleiert werden sollte«; vgl. auch *Flessner*, Sanierung und Reorganisation, S. 197. Es wäre zwar verfehlt, das Insolvenzverfahren insgesamt unter einer rein rechtspolitischen Prämisse zu betrachten. Dass aber zumindest zur Bestimmung eines gerechten Verteilungsmodus rechtspolitische Interessenabwägungen unumgänglich sind, kann kaum bestritten werden. Das vorgelagerte Hauptziel der möglichst effizienten Haftungsrealisierung muss deshalb noch nicht angezweifelt werden. Vielmehr ist die Maximierung des Haftungsertrags von dessen anschließender Verteilung zu trennen. Anders hingegen *Thole*, Gläubigerschutz, S. 53 ff., der auf Grundlage des *creditors' bargain model* eine Gesamtbetrachtung des Verfahrenszwecks vornimmt.

<sup>267</sup> So hat der Gesetzgeber der InsO einerseits eine Reihe von Vorrechten abgeschafft, vgl. BT-Drs. 12/2443 S. 90. Andererseits wurde nachträglich § 7 Abs. 4 BetrAVG eingeführt, der im Insolvenzplanverfahren ein Sonderrecht für den Träger der betrieblichen Altersvorsorge vorsieht. Beides ist vom Juristen nicht zu bewerten, denn es handelt sich hier um rein rechtspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers; siehe auch die vorherige Fußnote. Insbesondere wäre Kritik aufgrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung fehl am Platz. So aber *MüKo/Ganter/Lohmann*, InsO, § 1 Rn. 70. Wie hier hingegen *Knospe*, ZInsO 2014, 861, 869.

<sup>268</sup> Vgl. auch *Berger*, ZZZ 121 (2008), 407, 414, der die Gleichbehandlung der Gläubiger als rein verfahrensrechtliches Verteilungsprinzip ansieht.

<sup>269</sup> Vgl. *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 612.

<sup>270</sup> *Uhlenbruck/Ries*, InsO, § 207 Rn. 2, wonach die Massearmut in der Praxis nach wie vor ein häufiger Fall stellt.

deutet dies allerdings, dass den Möglichkeiten zur wertungsabhängigen Sonderbehandlung ungleicher Gläubiger oder Gläubigertypen im Insolvenzverfahren sehr enge Grenzen gesetzt sind. Denn wie *Mokal* zu Recht ausführt, setzt eine solche auf materielle Gerechtigkeit abzielende Ungleichbehandlung voraus, dass der Insolvenzverwalter den jeweiligen Sachverhalt ausreichend ermittelt, um die als ungleich angesehenen Gläubigertypen ausfindig zu machen.<sup>271</sup> Beispielsweise ist nicht sofort gesagt, dass jeder Deliktsgläubiger ebenfalls ein „unfreiwilliger“ Gläubiger ist, welcher sich dem Schuldnerhandeln nicht entziehen konnte.<sup>272</sup> Insbesondere können sich Forderungen zivilrechtlich zugleich aus Delikts- und Vertragsrecht ergeben.<sup>273</sup> Um hier unterscheiden zu können, bedürfte es einer kostenintensiven, genaueren Betrachtung der Begründung jeder einzelnen Forderung, die freilich zu erheblichen Effizienzverlusten im Verteilungsverfahren führte.<sup>274</sup>

Demgegenüber geht das deutsche Insolvenzrecht – offensichtlich zur Kostenersparnis – den genau umgekehrten Weg. Statt jede einzelne Forderung zur Titulierung einem Erkenntnisverfahren zu unterwerfen, reicht es aus, diese gemäß den §§ 174 ff. InsO beim Insolvenzverwalter zur Tabelle anzumelden.<sup>275</sup> Um Missbrauch auszuschließen, wird unter anderem auf die Kontrolle durch die Mitgläubiger vertraut, die in einem allgemeinen Prüfungstermin angemeldete Forderungen gemäß § 176 InsO bestreiten können.<sup>276</sup> Denn da die Gläubiger untereinander konkurrieren, liegt es in ihrem eigenen Interesse, angemeldete Forderungen anderer Gläubiger, die sie selbst als ungerechtfertigt ansehen, tatsächlich auch zu bestreiten, nämlich um die Konkurrenz insofern „auszuschalten“.

Diese wechselseitige Kontrolle scheint prima facie umso intensiver zu sein, desto mehr Gläubiger in die nachteiligen Folgen der Anmeldung einer ungerechtfertigten Forderung mit einbezogen würden. Es mag daher zunächst naheliegen, die Konkurrenzsituation unter den Gläubigern zur Förderung der gegenseitigen Kontrolle möglichst auszuweiten, das heißt, schon formal alle Gläubiger im Verteilungsverfahren grundsätzlich gleich zu behandeln, damit alle ein gleiches Interesse daran haben, ungerechtfertigte Forderungen aufzuspüren und zu bestreiten.

Nur im Sinne einer solchen „Kontrollfunktion“ lässt sich nach hier vertretener Auffassung die Gläubigergleichbehandlung wenigstens ansatzweise auch unter handfesten Gerechtigkeitsaspekten begründen. Allerdings sind ihrer dahingehenden Effektivität deutliche Grenzen gesetzt. Denn eine höhere Gläubigerkonkurrenz führt nicht nur dazu, dass die Haftungsmasse unter mehreren Gläubigern aufgeteilt wird, sondern hat umgekehrt auch zur Folge, dass die nachteiligen Auswirkungen von einzelnen ungerechtfertigt angemeldeten Forderungen für den individuellen Gläubiger derart verwässert werden können, dass für diesen die Kosten der Kontrolle den zu erwartenden Nutzen übersteigen. Ist die Konkurrenz also zu hoch, wird der einzelne Gläubiger daher regelmäßig von der Bestreitung der konkurrierenden Forderung aufgrund seiner »rationalen Apathie« (*rational apathy*)<sup>277</sup> absehen und als »Trittbrettfahrer«

---

<sup>271</sup> *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 614.

<sup>272</sup> Treffend *Thole*, Gläubigerschutz, S. 22.

<sup>273</sup> Sogenannte echte Anspruchskonkurrenz, vgl. nur BGH NJW-RR 1996, 1121 f.

<sup>274</sup> Vgl. allgemein auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 274, der darauf hinweist, dass zwischen Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit ein rechtspolitisches Spannungsverhältnis besteht.

<sup>275</sup> Vgl. MüKo/*Riedel*, InsO, § 175 Rn. 11, wonach insoweit nur eine formale Prüfung auf Vollständigkeit der gemachten Angaben erfolgt.

<sup>276</sup> Liegt kein Bestreiten vor, ist jedoch der »Verzicht auf die individuelle Erörterung jeder angemeldeten Forderung« vorgesehen; stattdessen genügt der »pauschale Aufruf«, siehe Uhlenbruck/*Sinz*, InsO, § 176 Rn. 2.

<sup>277</sup> Dieses Problem der Aktion durch Kollektive (*collective action problem*) besteht beispielsweise auch bei der Kontrolle von Aktiengesellschaften durch die Minderheitsaktionäre, vgl. *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 238 und S. 348 f.

vielmehr darauf hoffen, dass bereits die Mitgläubiger ungerechtfertigte Forderungen bestreiten (*free rider problem*).<sup>278</sup>

Eben deshalb ist zu beobachten, dass die Prüfungstermine tatsächlich »kaum frequentiert und Widersprüche von Insolvenzgläubigern kaum erhoben werden«. <sup>279</sup> Durch diese rationale Ignoranz des Einzelnen wird die Kontrollfunktion allerdings ad absurdum geführt, so dass aufgrund der zu hohen Konkurrenz vielmehr erst die Gefahr besteht, dass sich ungerechtfertigte Forderungen in den Verteilungsprozess einschleichen werden. Insofern dient die Durchsetzung der *par conditio creditorum* also nicht mehr der Gerechtigkeit, sondern hat bei genauerer Betrachtung abermals einen genau *gegenteiligen* Effekt.

Will man deshalb weiterhin aus materiellen Gerechtigkeitserwägungen »Gleiches gleich, aber Ungleiches ungleich« behandeln und muss dabei aus Kostengründen allerdings auf eine genaue Betrachtung der einzelnen Forderung verzichtet werden, können Unterscheidungen nur anhand von sehr begrenzten Kriterien vorgenommen werden. Insofern hat sich der Gesetzgeber etwa dazu entschieden, dinglich gesicherten Gläubigern in der Insolvenz des Schuldners eine abgesonderte Befriedigung zu gewähren. Obwohl eben angeführt wurde, dass dieses Vorzugsrecht auch kritisch betrachtet werden kann, haben insbesondere Kreditsicherheiten für den Schuldner und dessen Unternehmen, etwa in Form von höherer Kreditwürdigkeit und geringerer Zinsen, durchaus positive Aspekte, welche es insgesamt rechtfertigen, die Erwartungen des gesicherten Gläubigers nicht zu enttäuschen.<sup>280</sup> Letztlich handelt es sich allerdings wie erwähnt um eine rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, die zwar auch anders ausfallen könnte, vom Rechtsanwender aber innerhalb der Grenzen der Verfassung hinzunehmen ist.

Inwiefern es für den Gesetzgeber noch Sinn ergibt, auch darüber hinaus Rangfolgen festzulegen, zu deren Bestimmung im Insolvenzverfahren weitere Ressourcen der Vermögensmasse aufgewendet werden müssten, hängt ganz entscheidend davon ab, wie viel im Übrigen eigentlich noch zu verteilen ist.<sup>281</sup> Diesbezüglich zeigt die weit überwiegende Rechtspraxis allerdings, dass ungesicherte Insolvenzgläubiger entweder komplett ausfallen oder bei einer gleichmäßigen Verteilung des freien Schuldnervermögens nur noch mit einer sehr geringen Quote von durchschnittlich nicht mehr als 3 bis 5% bedacht werden.<sup>282</sup> Sofern also nach der Befriedigung der gesicherten Gläubiger überhaupt noch Haftungsmasse vorhanden ist, lässt sich schlussfolgern, dass das verbliebene Kuchenstück in aller Regel so klein ist, dass es äußerst müßig wäre, in einer solchen Situation noch über die korrekte Zuteilung jedes einzelnen „Krümels“ zu diskutieren.

Eine solche »minutiöse Gerechtigkeit« liefe in der Rechtspraxis vor allem aber Gefahr, dass im Zuge der Sachverhaltsaufklärung auch die letzten Ressourcen noch verbraucht würden und somit letztlich nicht der Befriedigung der ungesicherten Gläubiger gedient wäre, sondern allein dem Gehalt des Insolvenzverwalters.<sup>283</sup> Deshalb ist es rechtsökonomisch deutlich sinnvoller, auf die Bestimmung einer weiteren Rangfolge zu verzichten und stattdessen – gleichsam als subsidiäre „Rückfallregel“ (*fall-back provision*) – eine Gleichbehandlung der Gläubi-

---

<sup>278</sup> Auch dieses Problem ist bei der Kontrolle von Aktiengesellschaften durch Minderheitsaktionäre bekannt, vgl. *Binder*, aaO, S. 238.

<sup>279</sup> *Uhlenbruck/Sinz*, InsO, § 176 Rn. 1.

<sup>280</sup> Vgl. *Thole*, Gläubigerschutz, S. 18 und 23; *Ries*, ZInsO 2007, 1037 (dort Fn. 7).

<sup>281</sup> *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 613.

<sup>282</sup> *Gogger*, Insolvenzgläubiger-Handbuch, S. 4; *Kranzusch/Icks*, Quoten der Insolvenzgläubiger, S. 34.

<sup>283</sup> *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 613 f.



ger festzulegen,<sup>284</sup> welche eben immer dann greift, wenn aus Sicht des Gesetzgebers die Kosten bezüglich einer stärkeren Differenzierung den erzielten Nutzen übersteigen würden.<sup>285</sup> Allein insoweit folgt aus dem in § 1 InsO normierten Hauptziel des Insolvenzverfahrens, nämlich in der Insolvenz des Schuldners eine möglichst effiziente Haftungsverwirklichung sicherzustellen, zugleich auch der – letztlich nur diesem übergeordneten Ziel dienende – „Untergrundsatz“ der Gläubigergleichbehandlung.

### c) **Zwischenfazit**

Bis hierhin kann deshalb festgehalten werden, dass die auf den ersten Blick so überragend erscheinende *par conditio creditorum* in ihrem Wertungsgehalt tatsächlich umso kleiner wird, desto stärker man sich ihr annähert. Insofern handelt es sich um einen normativen „Scheinriesen“, für dessen Stellenwert im Insolvenzverfahren aufgezeigt werden konnte, dass er entgegen der traditionellen Überzeugung weder eine Ordnungsfunktion besitzt, noch der Verwirklichung von materieller Gerechtigkeit dient. Stattdessen wird das Insolvenzverfahren in erster Linie vom Primat einer möglichst effizienten Haftungsrealisierung geprägt, welche in der Insolvenz des Schuldners eine besonders hohe Bedeutung haben muss. Weil aufgrund der Vermögensinsuffizienz des Schuldners nämlich nie genug zu verteilen ist, muss die Haftungsrealisierung möglichst ohne Reibungsverluste geschehen.

In diesem Sinne dient es nur einem Effizienzgewinn, wenn in der Insolvenz des Schuldners unkoordinierte Einzelvollstreckungen durch eine geordnete Gesamtvollstreckung ersetzt werden. So wie diese geordnete Befriedigung der Gläubiger jedoch nicht automatisch auch eine gleichmäßige Befriedigung bedeutet, ist ebenso nicht gesagt, dass nur letztere gerecht wäre. Vielmehr bedingt gerade die gleichmäßige Befriedigung vielfältige Ungerechtigkeiten, weil etwa unfreiwillige Deliktsgläubiger dieselbe Quote erhalten wie freiwillige Vertragsgläubiger, oder die rationale Apathie der Gläubiger dazu führt, dass unberechtigte Forderungen nicht bestritten werden. Soweit die Gläubiger trotzdem gleich behandelt werden, lässt sich dies nicht mit materieller Gerechtigkeit, sondern erst mit der hierdurch erzielten Kosteneffizienz rechtfertigen, weil folglich auf weitere Sachverhaltsaufklärungen verzichtet werden kann.

Damit wird der Stellenwert der Gläubigergleichbehandlung letztlich allerdings nur abgeleitet aus dem Primat einer möglichst effizienten Haftungsrealisierung. Insofern handelt es sich lediglich um einen „Untergrundsatz“, der in der Insolvenz des Schuldners vermeiden soll, dass die Verteilung der Haftungsmasse zu kostspielig wird. Als im Kern rein pragmatisches Verteilungsprinzip vermag die Gläubigergleichbehandlung eine darüber hinausgehende normative Bedeutung jedoch gerade nicht zu entfalten.

### 3) **Stellenwert für die Insolvenzanfechtung**

Wenn sich das Insolvenzverfahren folglich auch erklären lässt, ohne die Gleichbehandlung der Gläubiger direkt an »erster Stelle« zu setzen, ist es nicht verwunderlich, dass in § 1 InsO – welcher immerhin den Verfahrenszweck definiert – die *par conditio creditorum* wie dargelegt auch nicht genannt wird.<sup>286</sup> Denn die Vorschrift spricht nur von einer gemeinschaftlichen,

---

<sup>284</sup> Mokal, C.L.J. 2001, 581, 611 ff., der im Weiteren ausführt, das *pari passu principle* sei aufgrund seiner Anwendung auf die Fälle, in denen regelmäßig nichts oder nur noch wenig verteilt werde, »not primarily a rule of distribution at all. On the contrary, it is a rule of non-distribution [...] which takes over when it would be pointless to provide any other«. Im Ergebnis genauso Klinck, Grundlagen, S. 65; Knospe, ZInsO 2014, 861, 865 und 869 f.; Brehm, FS Jelinek (2002), 15, 24. Vgl. auch Wiringer-Seiler, Anfechtungsrecht, S. 100, 103, die zu Recht die »Minimierung der Abwicklungskosten« als wichtige Funktion der Gleichbehandlung ansieht.

<sup>285</sup> Nur so lässt sich etwa erklären, dass unfreiwillige Deliktsgläubiger und ungesicherte Vertragsgläubiger trotz materieller Ungerechtigkeit gleich behandelt werden. Denn die Kosten einer anderenfalls erforderlichen individuellen Erörterung der Forderungen stünden in keinem Verhältnis zum erzielten Nutzen.

<sup>286</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 1 Rn. 6; Thole, Gläubigerschutz, S. 610; Knospe, ZInsO 2014, 861, 863. Siehe auch schon B.II.2)b)aa), Seite 50.

nicht jedoch von einer gleichmäßigen Befriedigung. Während deshalb § 1 InsO untauglich ist, die vermeintlich hohe Bedeutung der Gläubigergleichbehandlung als »Magna Carta des Insolvenzrechts« im Gesetz zu belegen, ließe sich dieser Stellenwert vielmehr nur noch durch Rückschlüsse aus anderen Normen nachweisen. In eben diesem Sinne entsteht allerdings zum Teil tatsächlich der Eindruck, dass die *par conditio creditorum* in diejenigen Vorschriften, welche ihr augenscheinlich entsprechen, – überspitzt formuliert – „hineingelesen“ wird.

Insofern bilden jedenfalls die Anfechtungsvorschriften der §§ 129 ff. InsO zusammen mit der sogenannten »Rückschlagsperre« des § 88 InsO einen besonderen Beispielsfall.<sup>287</sup> So heißt es, dass beide Rechtsinstitute dazu gedacht seien, »einen gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verstoßenden Erwerb im Insolvenzverfahren [...] rückgängig zu machen«.<sup>288</sup> Die Durchsetzung der *par conditio creditorum* soll damit nach der hergebrachten Auffassung nicht weniger als den eigentlichen Sinn und Zweck der §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO darstellen. Während deshalb die Existenz der Insolvenzanfechtung und der Rückschlagsperre die normative Bedeutung der Gläubigergleichbehandlung indirekt zu bestätigen scheinen,<sup>289</sup> setzt diese Schlussfolgerung jedoch voraus, dass die Regelungen der §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO auch tatsächlich den Zweck verfolgen, eine Gleichbehandlung der Gläubiger durchzusetzen. Hier unterliegt die herrschende Meinung allerdings einem Zirkelschluss.

#### a) Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung als Rechtfertigungsgrund?

Denn sowohl die Rückschlagsperre als auch die Insolvenzanfechtung betreffen lediglich solche Vermögensverschiebungen, welche bereits *vor* der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stattgefunden haben. Vor dem Insolvenzverfahren erfolgt normalerweise aber keine Gleichbehandlung der Gläubiger, sondern es gilt gerade im Gegenteil das Prioritätsprinzip, nach welchem der erstzugreifende Gläubiger bevorzugt wird. Wenn sich der Wirkungsbereich der §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO demgemäß also auf einen Zeitpunkt bezieht, der noch innerhalb des Anwendungsbereichs des Prioritätsprinzips liegt, sind die §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO allerdings schon im Ansatz nicht dazu geeignet, den besonderen Stellenwert der *par conditio creditorum* zu belegen. Zwar geht die herrschende Meinung davon aus, dass die Insolvenzanfechtung und die Rückschlagsperre die Gleichbehandlung der Gläubiger gerade »nach vorn verlagere«.<sup>290</sup> Für deren Geltung beweist dies allerdings nichts. Denn damit die Gläubigergleichbehandlung vorverlagert werden könnte, müsste sie als normatives Prinzip erst einmal begründet werden. Vielmehr wird eben dieses Ergebnis bereits vorausgesetzt, wenn es heißt, dass die »Anfechtungsvorschriften der §§ 129 ff zeigen, dass der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung („*par condicio creditorum*“) bereits im Vorfeld der eigentlichen Insolvenz eingreift«.<sup>291</sup>

Geht man mit hier vertretener Auffassung hingegen davon aus, dass die eigentliche Bedeutung der Gleichbehandlung der Gläubiger lediglich darin besteht, dass auf teure Sachverhaltsermittlungen zugunsten einer kosteneffizienten Haftungsrealisierung verzichtet werden kann,

<sup>287</sup> Vgl. K. Schmidt/Keller, InsO, § 88 Rn. 2 f.; Uhlenbruck/Mock, InsO, § 88 Rn. 1; Bork, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 1 Rn. 1; Häsemeyer, aaO; ders., Insolvenzrecht, Rn. 2.36. Vgl. auch MüKo/Breuer, InsO, § 88 Rn. 1; Thole, Gläubigerschutz, S. 293; G. Brinkmann/Luttmann, ZInsO 2007, 565, 567 und 569; Eckardt, ZIP 1999, 1734, 1743.

<sup>288</sup> Uhlenbruck/Mock, aaO. Vgl. auch K. Schmidt/Keller, aaO; MüKo/Kirchhof, InsO, Vor § 129 Rn. 2.

<sup>289</sup> In diesem Sinne Uhlenbruck/Pape, InsO, § 1 Rn. 2.

<sup>290</sup> Siehe etwa BGH, NJW-RR 2010, 1428 Rn. 10; NJW-RR 2009, 190 Rn. 22; NJW 2005, 1121, 1122; NJW 2004, 1385; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.02; Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg, Insolvenzrecht, J Rn. 74; MüKo/Kirchhof, InsO, vor § 129 Rn. 2; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 1; Bork, aaO; ders., ZIP 2014, 797, 802; Henckel, ZIP 1982, 391, 393; Jungclaus, KTS 2014, 257, 263.

<sup>291</sup> Uhlenbruck/Pape, InsO, § 1 Rn. 2. Vgl. auch Bork, ZIP 2014, 797, 802.

ist die Vorstellung, dass den §§ 129 ff. InsO die *par conditio creditorum* zugrunde liege, schon generell nicht überzeugend. Denn gerade für die Ausübung einer Insolvenzanfechtung ist eine kostenintensive Sachverhaltsaufklärung unerlässlich, weil der Insolvenzverwalter erst herausfinden muss, ob die Voraussetzungen einer Anfechtung überhaupt vorliegen. Insbesondere ist es nicht selten, dass Anfechtungsansprüche in einem langwierigen gerichtlichen Erkenntnisverfahren erst noch durchgesetzt werden müssen. Insofern werden also durch die Möglichkeit einer Insolvenzanfechtung – anders als durch die Gläubigergleichbehandlung – keine Verfahrenskosten gespart, sondern es fallen im Gegenteil weitere Kosten an. Mit dem eigentlichen Zweck der Gläubigergleichbehandlung, das Insolvenzverfahren möglichst kostengünstig zu gestalten, stehen die §§ 129 ff. InsO folglich sogar im Widerspruch.

Doch selbst wenn man den Sinn der insolvenzrechtlichen Gläubigergleichbehandlung nicht nur in der Kostenreduktion, sondern auch – wenig überzeugend – in der Verwirklichung materieller Gerechtigkeit sehen sollte, ist es keineswegs schon ausgemacht, diesen Grundsatz sodann auf die Vermögensvorgänge zu erstrecken, welche bereits vor dem Insolvenzverfahren abgeschlossen wurden.<sup>292</sup> So ist etwa *Stürner* der Auffassung, dass es »nicht sachwidrig [sei], den schnelleren Gläubiger zu privilegieren; dies motiviert zu rechtzeitigem Handeln«.<sup>293</sup>

Von einigen Literaturstimmen wird deshalb zu Recht darauf hingewiesen, dass auch die Vorverlagerung der *par conditio creditorum* ohne Zirkelschluss nicht begründbar ist.<sup>294</sup> Zwar soll die Vorverlagerung damit erklärt werden, dass die Gläubiger schon ab der Insolvenzreife des Schuldners zugunsten ihrer Gleichbehandlung aufeinander Rücksicht zu nehmen hätten.<sup>295</sup> Ausschlaggebend für die Geltung der *par conditio creditorum* soll damit also nicht erst die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – das heißt die formelle Insolvenz des Schuldners – sein, sondern es soll maßgeblich auf die materielle Insolvenz ankommen. Warum dies eigentlich so ist, bleibt dabei jedoch offen. Soweit erklärend ausgeführt wird, dass bereits ab dem Offenbarwerden der Krise des Schuldners dessen Vermögen der Allgemeinheit der Gläubiger verfangen sei, so dass das Prinzip der Gleichbehandlung aller Gläubiger »nicht durchlöchert« werden dürfe,<sup>296</sup> wird die Geltung der *par conditio creditorum* vielmehr schon vorausgesetzt.

Schließlich stößt auch die Vorstellung, dass die Gläubiger zugunsten ihrer Gleichbehandlung aufeinander Rücksicht zu nehmen hätten, auf Bedenken. Zur Erklärung wird üblicherweise zwar ausgeführt, dass sich die Gläubiger ab der materiellen Insolvenz des Schuldners in einer zur gegenseitigen Rücksicht verpflichtenden Gemeinschaft befänden, welche je nach Sichtweise als »Haftungs-«,<sup>297</sup> »Interessen-«,<sup>298</sup> »Risiko-«,<sup>299</sup> »Verfahrens-«<sup>300</sup>, »Verlust-«<sup>301</sup>, »Vorrats-«<sup>302</sup> oder »Schicksalsgemeinschaft«<sup>303</sup> bezeichnet wird. Wie sich diese Gemein-

<sup>292</sup> Kritisch auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 63, *Knospe*, ZInsO, 2014, 861, 876; sowie *Stürner*, ZZZ 99 (1986), 291, 328.

<sup>293</sup> *Stürner*, aaO.

<sup>294</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 74; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 293. Siehe ebenso *Klinck*, Grundlagen, S. 39 (»*petitio principii*«); vgl. zudem *Jacobi*, KTS 2006, 239, 250; *C. Paulus*, FS Fischer (2008), 445, 452

<sup>295</sup> BGH, NJW-RR 2010, 1428 Rn. 10; NJW 2005, 1121, 1122; Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg, Insolvenzrecht, J Rn. 76; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 292 f.; *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185, 186.

<sup>296</sup> BGH, NJW 1972, 870, 871.

<sup>297</sup> In diesem Sinne *Henckel*, FS Weber (1975), 237, 252; *Spellenberg*, Konkursfeststellungsverfahren, S. 98 ff.; vgl. dazu auch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 515.

<sup>298</sup> *Wiringer-Seiler*, Anfechtungsrecht, S. 96.

<sup>299</sup> Leonhard/Smid/Zeuner/Smid/Leonhardt, InsO, § 1 R. 34; *König*, Anfechtung, Rn. 2.

<sup>300</sup> *Wegener*, NJW 2010, 3607; vgl. auch *Berges*, KTS 1957, 49, 50.

<sup>301</sup> MüKo/Stürner, InsO, Einl. Rn. 62; Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 1 Rn. 23; *G. Brinkmann/Luttmann*, ZInsO 2007, 565, 567; vgl. auch *Berges*, KTS 1957, 49, 51.

<sup>302</sup> *Berges*, KTS 1957, 49, 52, der insofern auf S. 55 auch von einer auf den Haftungsvorrat bezogene »konkursrechtlichen Befriedigungsgemeinschaft« spricht.

<sup>303</sup> *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, Kap. 12 Rn. 10; Nerlich/Römermann/Becker, aaO.

schaft aber rechtsdogmatisch genau erklären lässt, ist weitgehend unklar. Insbesondere kann zwischen allein über den Schuldner verbundenen Gläubigern eine schuldrechtliche Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme eigentlich nicht begründet werden.<sup>304</sup> Stattdessen wird darauf hingewiesen, dass es trotz des Fehlens einer schuldrechtlichen Bindung zumindest nicht ausgeschlossen sei, dass die Gläubiger aus dem Blickwinkel der Gläubigergleichbehandlung aufeinander Rücksicht zu nehmen hätten.<sup>305</sup> Dies erschöpft sich letztlich aber nur in einer Beschreibung des angenommenen Zustands.

#### **b) Gläubigergleichbehandlung als „faktische“ Wertungsgrundlage?**

Trotz der soeben ausgeführten Kritik soll hier freilich nicht in Abrede gestellt werden, dass es zumindest auf den ersten Blick gleichwohl plausibel erscheint, die §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO in den Dienst der Gläubigergleichbehandlung zu stellen. Denn beide Rechtsinstitute haben wenigstens im Ergebnis vielfach die Wirkung, dass der betroffene Gläubiger letztlich die gleiche Befriedigung erhält, die andere Gläubiger auch erhalten. In diesem Sinne erscheint es zunächst keineswegs ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber mit den §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO schlicht Vorschriften geschaffen hat, mit denen er die Gläubigergleichbehandlung einfach durchsetzen wollte, selbst wenn dabei die normative Aufwertung der *par conditio creditorum* wie gesehen auf erhebliche Bedenken stößt und sich ihre Vorverlagerung rechtsdogmatisch kaum herleiten lässt. Vielmehr könnte es trotz dieser Kritik noch richtig sein, die *par conditio creditorum* als – vom Gesetzgeber faktisch gleichwohl herangezogene – Wertungsgrundlage der §§ 129 ff. InsO und § 88 InsO anzuerkennen.

Allerdings kann auch eine solche Sichtweise nicht wirklich überzeugen. Denn einerseits wäre in diesem Falle zu erwarten gewesen, dass in der Gesetzesbegründung als Zweck der Insolvenzanfechtung und Rückschlagsperre die Gleichbehandlung der Gläubiger wenigstens genannt worden wäre. Dies ist tatsächlich jedoch nicht passiert.<sup>306</sup> Stattdessen heißt es etwa zur Aufgabe der Insolvenzanfechtung nur, dass diese den Bestand des Schuldnervermögens wiederherstellen solle,<sup>307</sup> wodurch jedoch eine gleichmäßige Verteilung des Vermögens als Anfechtungszweck noch nicht statuiert wird.

Andererseits spricht gegen die Überzeugungskraft dieser These aber vor allem, dass sich die Wertung einer Gläubigergleichbehandlung auch aus dem objektiven Gesetzesinhalt tatsächlich kaum herauslesen lässt. Zwar werden einige Gläubiger durch die §§ 88, 129 ff. InsO in der Tat gleichbehandelt. Bei einer genaueren Betrachtung zeigt sich jedoch, dass andere Gläubiger von dieser Gleichbehandlung wieder ausgeschlossen und somit im Gegenteil ungleich behandelt werden – oftmals sogar, ohne dass hierfür ein Grund ersichtlich wäre. Vielmehr ist der Gedanke, dass die §§ 88, 129 ff. InsO die *par conditio creditorum* zumindest faktisch verwirklichen sollen, schon mit dem objektiven Regelungsinhalt der Vorschriften kaum kompatibel.

#### **aa) Inkompatibilität zwischen Gläubigergleichbehandlung und § 88 InsO**

Die Inkompatibilität zwischen der *par conditio creditorum* und der gesetzlichen Regelung zeigt sich bereits an der Rückschlagsperre des § 88 InsO sehr deutlich. Die Rückschlagsperre

<sup>304</sup> So schon *Seuffert*, Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, S. 86 f.; ebenso *Klinck*, Grundlagen, S. 54; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 292. Vgl. auch *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO, § 1 Rn. 22 f., der eine »bloß organisatorische Verbindung« der Gläubiger sieht.

<sup>305</sup> So ausdrücklich *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 74; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 292 f. Ähnlich *Wiringer-Seiler*, Anfechtungsrecht, S. 97.

<sup>306</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 137 zur Rückschlagsperre (§ 99 des Entwurfs) und S. 156 ff. zur Insolvenzanfechtung (§§ 144 ff. des Entwurfs).

<sup>307</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 156.

erklärt alle Sicherungsrechte am Vermögen des Schuldners, welche ein Insolvenzgläubiger durch eine Einzelvollstreckung im letzten Monat vor Verfahrenseröffnung erlangt hat, ipso iure für unwirksam.<sup>308</sup> Dabei wird jedoch mit Recht angemerkt, dass sie zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung »nur bedingt tauglich« sei.<sup>309</sup> Insofern ist bereits nicht ersichtlich, weshalb nur solche Sicherungsrechte erfasst sein sollen, die durch eine Einzelvollstreckung zugunsten einzelner Insolvenzgläubiger erlangt wurden, während alle rechtsgeschäftlich bestellten Sicherungen vor § 88 InsO hingegen weiterhin Bestand haben, obwohl sie nicht weniger zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger führen.<sup>310</sup> Noch auffallender ist allerdings, dass über die Sicherung noch hinausgehende *Befriedigungen*, und zwar unabhängig davon ob sie rechtsgeschäftlich oder durch eine Einzelvollstreckung erreicht wurden, aus dem Anwendungsbereich des § 88 InsO sogar herausfallen.<sup>311</sup> Sämtliche Gläubiger, die ihr Ziel einer Befriedigung also bereits erreicht haben, werden von der Vorschrift schon von vornherein nicht erfasst.

Aufgrund des geringen verbliebenen Anwendungsbereichs fällt es jedoch schwer, in der Regelung des § 88 InsO eine Gleichbehandlung der Gläubiger überhaupt wiederzuerkennen. Bei einer unbefangenen Betrachtung erscheint es vielmehr sogar umgekehrt so, dass § 88 InsO die Gläubiger nicht gleichbehandelt, sondern den langsamen Vollstreckungsgläubiger schlechter stellt. Aus der Sicht der herrschenden Meinung, welche ja den Rechtfertigungsgrund des § 88 InsO in der *par conditio creditorum* erkennen will, ist dieser Regelungsinhalt freilich nicht zu erklären, sondern bevorzugt »den schnell und aggressiv vorgehende[n] Gläubiger ohne sachlichen Grund«.<sup>312</sup>

Weil deshalb jedoch der Gedanke einer Gleichbehandlung zum Verständnis der Rückschlagsperre letztlich nicht viel beiträgt und sich sowohl die normative Aufwertung als auch die Vorverlagerung der *par conditio creditorum* ohnehin kaum begründen lassen, muss man sich die Frage stellen, warum dann an diesem Gedanken überhaupt noch festgehalten werden sollte? In Anbetracht dieser Probleme wäre es vielmehr naheliegender, die Perspektive zu wechseln und nach besseren Erklärungsansätzen für die Regelung des § 88 InsO zu suchen. Insofern finden sich vereinzelt auch Stimmen, die die Rückschlagsperre gerade in ihrer objektiv bestehenden Form als gebotene Sonderregelung für »steckengebliebene Zwangsvollstreckungen« sachlich rechtfertigen.<sup>313</sup>

#### **bb) Inkompatibilität zwischen Gläubigergleichbehandlung und den §§ 129 ff. InsO**

Aber nicht nur die gesetzliche Regelung der Rückschlagsperre leidet aus der Perspektive der *par conditio creditorum* an Inkonsistenzen. Auch die Regelungen der Insolvenzanfechtung in den §§ 129 ff. InsO lassen sich mit dem Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung tatsächlich nur sehr bedingt vereinbaren. Denn betrachtet man zunächst die Deckungsanfechtung gemäß § 130 InsO genauer, so fällt auf, dass diese nur für Deckungen greift, die zum Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorgenommen wurden. Hingegen werden De-

---

<sup>308</sup> Braun/Kroth, InsO, § 88 Rn. 9; Nerlich/Römermann/Wittkowski/Kruth, InsO, § 88 Rn. 11; Uhlenbruck/Mock, InsO, § 88 Rn. 1; Berger, ZZP 121 (2008), 407, 419; Thole, Gläubigerschutz, S. 377. Für Verbraucherinsolvenzverfahren gilt seit dem 1. Juli 2014 der neu eingefügte Absatz 2, der die Frist auf drei Monate verlängert.

<sup>309</sup> MüKo/Breuer, InsO, § 88 Rn. 10; ebenso HK/Kayser, InsO, § 88 Rn. 2; Thole, Gläubigerschutz, S. 378.

<sup>310</sup> MüKo/Breuer, aaO.

<sup>311</sup> Braun/Kroth, InsO, § 88 Rn. 6; HK/Kayser, aaO; MüKo/Breuer, aaO; Uhlenbruck/Mock, InsO, § 88 Rn. 24.

<sup>312</sup> So MüKo/Breuer, aaO; die Gesetzesfassung ablehnend auch Gerhardt, in: Kölner Schrift (1. Aufl. 1997), S. 159 Rn. 51 ff. (ohne Kritik aber die 2. Auflage); Thole, Gläubigerschutz, S. 377 f.; Berger, ZZP 121 (2008), 407, 419 ff.; Marotzke, ZInsO 2006, 190, 191 f. Vgl. auch Uhlenbruck/Mock, InsO, § 88 Rn. 4; Vallender, ZIP 1997, 1993, 1995.

<sup>313</sup> Jaeger/Eckardt, InsO, § 88 Rn. 7. Vgl. aber auch K.Schmidt/Keller, InsO, § 88 Rn. 4; Hk-ZV/Gruber, Schwerpunktbeitrag „Auswirkungen des Insolvenzverfahrens“ Rn. 39; sowie die »Kritik der Kritik« bei Jacobi, KTS 2006, 231, 242.

ckungen, die zum Zeitpunkt der Überschuldung eintraten, von § 130 InsO von vornherein nicht erfasst. Damit werden aber Gläubiger, die von einem überschuldeten Schuldner eine Befriedigung erhalten, besser gestellt als jene, deren Schuldner zahlungsunfähig ist. Diese Privilegierung ist mit einer Gläubigergleichbehandlung freilich nicht zu erklären, sondern widerspricht dieser vielmehr. Dies gilt insbesondere wenn man berücksichtigt, dass nach der üblichen Auffassung die *par conditio creditorum* wie dargelegt eigentlich bereits ab der materiellen Insolvenzreife des Schuldners eingreifen soll. Denn dann müssten zum Zeitpunkt der Überschuldung vorgenommene Deckungen nicht etwa privilegiert werden, sondern nach § 130 InsO ebenfalls anfechtbar sein, weil die Überschuldung gemäß § 19 InsO wie die Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzgrund darstellt.<sup>314</sup> Von *Thole* wird insofern zu Recht darauf hingewiesen, dass unter dem Blickwinkel einer Gläubigergleichbehandlung ein »systematischer Bruch« im Gesetz bestehe.<sup>315</sup>

Darüber hinaus stellt aber auch die weitere Voraussetzung des § 130 InsO, dass der Gläubiger von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zudem Kenntnis haben musste, streng genommen einen Bruch mit dem Gedanken der Gläubigergleichbehandlung dar. Denn hängt die Anfechtbarkeit folglich von einer Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit ab, steht sich der wohl informierte Gläubiger schlechter, als der unkundige respektive an den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schuldners desinteressierte Gläubiger. Dementsprechend kritisiert insbesondere *Jungclaus*, dass der »wachsame Gläubiger«, der sich über die Solvenz seines Schuldners unterrichtete, von der Regelung des § 130 InsO bestraft werde. Nach seiner Ansicht sei die derzeitige Gesetzesfassung deshalb »fehlerhaft«.<sup>316</sup> Diese Kritik ist zumindest unter dem Blickwinkel einer Gläubigergleichbehandlung folgerichtig, denn durch die subjektive Differenzierung enthält der Regelungsinhalt des § 130 InsO auch insofern eine Inkonsequenz.

Zwar wird zur Erklärung der subjektiven Voraussetzungen des § 130 InsO freilich zu Recht darauf hingewiesen, dass diese aus Gründen des Verkehrsschutzes erforderlich seien.<sup>317</sup> Wäre eine Anfechtung nämlich unabhängig vom Kenntnisstand des Gläubigers möglich, könnte dieser nicht beurteilen, ob er seinen Erwerb eventuell wieder zurückgewähren müsste. Um eine solche Unsicherheit zu vermeiden, muss § 130 InsO also zum Schutz des Rechtsverkehrs subjektive Voraussetzungen enthalten. Eben dieser Verweis auf den Verkehrsschutz bedeutet zugleich jedoch auch, dass allein die Gleichbehandlung der Gläubiger zur Erklärung des § 130 InsO noch nicht ausreicht. Vielmehr muss zumindest eine weitere Wertung herangezogen werden, um den Regelungsinhalt der Vorschrift tatsächlich begründen zu können. Dabei wird durch diese Wertung des Verkehrsschutzes der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung allerdings nicht etwa „ergänzt“. Stattdessen steht der Verkehrsschutz mit der *par conditio creditorum* sogar im Widerspruch, weil er zu einer Differenzierung führt und damit eine Gleichbehandlung der Gläubiger gerade *verhindert*. Der übliche Hinweis auf die *par conditio creditorum* als Wertung des § 130 InsO muss folglich, wenn nicht schon als verfehlt, dann wenigstens als verkürzt erscheinen.

Eine ganz ähnliche Problematik ergibt sich zudem, wenn man die weitere Regelung des § 131 InsO in die Betrachtung miteinbezieht. Denn im Verhältnis zu § 130 InsO regelt § 131 InsO die Anfechtung inkongruenter Deckungen – also Deckungen, die vom Anspruchsinhalt abweichen – nochmals gesondert. Insofern wird im Rahmen von § 131 InsO auf die Kenntnis

<sup>314</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 358.

<sup>315</sup> *Thole*, aaO.

<sup>316</sup> *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 267 ff. Siehe hierzu im Näheren noch unter B.IV.2)d)bb)(1), Seite 107.

<sup>317</sup> Vgl. Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 158, wonach das Vertrauen des Gläubiger erst dann keinen Schutz mehr verdiene, wenn er wusste, dass die Krise eingetreten war; vgl. auch *Henckel*, ZIP 1982, 391, 393 f.

von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wieder verzichtet. Die herrschende Meinung zieht hieraus den Schluss, dass die Anfechtung im Falle einer inkongruenten Deckung vom Gesetz erleichtert worden sei.<sup>318</sup> In der Konsequenz werden dann aber Gläubiger, deren Schuldner inkongruent leisten, schlechter gestellt als jene, die eine kongruente Deckung erhalten. Auch diese Differenzierung lässt sich mit einer Gleichbehandlung der Gläubiger freilich nicht erklären. Vielmehr spricht der BGH im Rahmen von § 131 InsO sogar von einer »Durchbrechung« der Gläubigergleichbehandlung.<sup>319</sup> Das heißt aber, dass auch dem § 131 InsO zumindest noch eine andere Wertung zugebracht werden muss, um seinen tatsächlichen Regelungsinhalt erklären zu können.

Welche Wertung dies genau sein soll, wird in der Diskussion unterschiedlich beantwortet und soll an späterer Stelle der Arbeit noch erörtert werden.<sup>320</sup> Klar ist allerdings jetzt schon, dass diese Wertung des § 131 InsO die *par conditio creditorum* ebenfalls nicht ergänzen kann, sondern ihr im Gegenteil sogar widerspricht, weil sie einer Gleichbehandlung der Gläubiger entgegensteht.

Schließlich gilt es im Weiteren zu berücksichtigen, dass die §§ 130, 131 InsO im Verhältnis zu den übrigen Tatbeständen nur relativ kurze Anfechtungsfristen festlegen. So dürfen zwischen der Deckungshandlung und der Stellung des Insolvenzantrags lediglich ein bis maximal drei Monate vergehen; anderenfalls ist eine Anfechtung nach §§ 130, 131 InsO schon verfristet. Obwohl der Schuldner zum Zeitpunkt der Deckungshandlung bereits insolvenzreif gewesen sein kann, wird somit der begünstigte Gläubiger von einer Anfechtung also wieder ausgeschlossen, wenn die Stellung des Insolvenzantrags anschließend nur lange genug verzögert wurde. In der Konsequenz werden jedoch Gläubiger, deren Schuldner den Insolvenzantrag verschleppen, besser gestellt als jene, die gemäß § 14 InsO eventuell sogar selbst einen frühzeitigen Insolvenzantrag stellen. Auch dieser Regelungsinhalt der §§ 130, 131 lässt sich erst erklären, wenn der Blick weggenommen wird von einer Gleichbehandlung der Gläubiger und stattdessen wieder die Wertung des Verkehrsschutzes herangezogen wird. Denn zur Begründung der kurzen Fristen wird zu Recht ausgeführt, dass die Anfechtbarkeit zugunsten der Sicherheit des Rechtsverkehrs zeitlich begrenzt werden müsse.<sup>321</sup> Eben diese verkehrerschützende Begrenzung der Anfechtung führt jedoch abermals zu einer Ungleichbehandlung der Gläubiger und steht folglich zur *par conditio creditorum* im Widerspruch.

Insgesamt fällt deshalb auf, dass sich der überwiegende Regelungsinhalt der §§ 130, 131 InsO mit der *par conditio creditorum* tatsächlich gar nicht begründen lässt, sondern die Heranziehung von Wertungen – insbesondere des Verkehrsschutzes – erfordert, die einer Gleichbehandlung vielmehr sogar entgegenstehen. Insofern erscheinen die §§ 130, 131 InsO aufgrund ihrer vielfachen Voraussetzungen und Differenzierungen eher als Einschränkung, denn als Durchsetzung einer Gläubigergleichbehandlung. Dadurch lässt sich die *par conditio creditorum* letztlich jedoch nur sehr schwach aus den §§ 130, 131 InsO herauslesen. Denn lediglich um im Sinne einer generellen Rechtfertigung der Anfechtbarkeit erklären zu können, weshalb eine Deckungsanfechtung im Ansatz überhaupt möglich ist, könnte der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung in den gesetzlichen Regelungen noch wiedererkannt werden. Umso stärker diese Idee durch die Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO allerdings wieder eingeschränkt wird, desto stärker wird sie auch widerlegt, weil jede Einschränkung der Gleichbehandlung zugleich eben zu ihrem Gegenteil führt, das heißt zu einer Ungleichbehandlung.

---

<sup>318</sup> Vgl. BGH, NZI 2003, 197, 198; MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 11; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 131 Rn. 6.

<sup>319</sup> BGH, NJW 2002, 1722, 1723.

<sup>320</sup> Siehe hierzu noch unter B.IV.2)d)cc), ab Seite 109 ff.

<sup>321</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 157 f.

Dabei ist es schon nicht alternativlos den Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit in der *par conditio creditorum* zu sehen. Denn es ist nicht gesagt, dass die Gläubigergleichbehandlung die einzig mögliche Wertung wäre, mit der man eine grundsätzliche Anfechtbarkeit begründen könnte. Dies zeigt sich insbesondere, wenn man auch die weiteren Anfechtungstatbestände der §§ 132 bis 134 InsO betrachtet. Diese lassen sich mit der *par conditio creditorum* nämlich bereits im Ansatz nicht erklären, weil sie – anders als die §§ 130, 131 InsO – vor allem eine Anfechtung gegenüber Nicht-Gläubigern betreffen. In der Konsequenz beziehen sich diese Vorschriften aber nicht nur auf Konstellationen, in denen eine Gleichbehandlung von Gläubigern gar nicht zur Debatte zu stehen braucht. Vielmehr weist *Thole* zutreffend darauf hin, dass sich Nicht-Gläubiger ebenso nicht in der besonderen Gemeinschaft befinden können, mithilfe derer die Geltung der *par conditio creditorum* vor Verfahrenseröffnung eigentlich begründet werden soll.<sup>322</sup> Lassen sich die §§ 132 bis 134 InsO mit einer solchen Vorverlagerung der Gleichbehandlung also schon im Ausgangspunkt nicht begründen, muss bereits für die grundsätzliche Rechtfertigung der Anfechtbarkeit stattdessen eine andere Wertung herangezogen werden, um die Tatbestände erklären zu können. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb ein solcher Rückgriff auf eine alternative Wertung nicht auch für die §§ 130, 131 InsO möglich sein sollte.

Bei einer Gesamtbetrachtung der §§ 129 ff. InsO zeigt sich daher, dass es keineswegs selbstverständlich ist, als Wertungsgrundlage der Insolvenzanfechtung eine Gläubigergleichbehandlung tatsächlich aus den Tatbeständen herauszulesen.<sup>323</sup> Während sich nämlich die §§ 132 bis 134 InsO bereits im Ansatz mit der *par conditio creditorum* nicht erklären lassen, wird selbst im Rahmen der §§ 130, 131 InsO der überwiegende Regelungsinhalt von anderweitigen Wertungen geprägt, die eine Gleichbehandlung der Gläubiger nicht etwa durchsetzen, sondern dieser sogar entgegenstehen. Weil die *par conditio creditorum* zum Verständnis der gesetzlichen Regelungen daher also nicht viel beiträgt, ergibt sich im Rahmen der Insolvenzanfechtung letztlich ein ähnlich problematisches Bild, wie schon zur Rückschlagsperre des § 88 InsO.

Wenn man zudem berücksichtigt, dass ohnehin schon erhebliche Bedenken bestehen gegenüber der normativen Aufwertung der Gläubigergleichbehandlung und ihrer Vorverlagerung, erscheint es insgesamt dann jedoch nicht mehr als abwegig, sich von der *par conditio creditorum* als Wertungsgrundlage der Insolvenzanfechtung zu lösen und stattdessen nach besseren Erklärungsansätzen zu suchen.

### c) **Notwendigkeit zur normativen Aufspaltung des Anfechtungsrechts?**

Soweit zur Erklärung der Insolvenzanfechtung pauschal auf eine Gleichbehandlung der Gläubiger verwiesen wird, ist gegen den hiermit implizierten Grundgedanken, dass die Anfechtungsvorschriften auf einem gemeinsamen Rechtfertigungsgrund basieren sollen, im Prinzip nichts einzuwenden. Denn nur anhand einer normativ einheitlichen Grundlage lässt sich auch ein übergreifender Leitfaden entwickeln, der das Verständnis des Anfechtungsrechts als »typisches Fallrecht« zu überwinden vermag. Hingegen fällt die Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas umso schwerer, desto mehr Wertungen erforderlich sind, um die Regelungen der Anfechtbarkeit erklären zu können. Insofern müsste nämlich versucht werden, die zugrundeliegenden Erwägungen zumindest auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Unter-

<sup>322</sup> *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 69; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 282. Vgl. auch *Jensen*, NZI 2013, 471.

<sup>323</sup> Vgl. insofern auch noch *Thole*, aaO, nachdem der Verweis auf die *par conditio creditorum* als Wertungsgrundlage der Insolvenzanfechtung »inhaltsarm und zu pauschal« sei. Vgl. zudem *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185, 189, sowie *Knospe*, ZInsO 2014, 861, 876, der meint, dass die Gläubigergleichbehandlung in der Insolvenzanfechtung bereits keine Anwendung finden könne, weil der Insolvenzverwalter nicht verpflichtet sei, alle denkbaren Anfechtungsmöglichkeiten auch wahrzunehmen.



scheiden sich diese Erwägungen dabei allerdings so stark, dass die Rückführung auf eine gemeinsame Grundlage nicht mehr möglich ist, müsste damit auch die Entwicklung eines allgemeinen Leitfadens der Anfechtbarkeit scheitern.

Gerade vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach einer Alternative zur *par conditio creditorum* aber noch einmal im besonderen Maße. Wollte man nämlich trotz der soeben geschilderten Kritik an dem Gedanken der Gläubigergleichbehandlung als Rechtfertigungsgrund der Insolvenzanfechtung noch festhalten, wäre die Rückführung der Anfechtbarkeit auf eine gemeinsame Wertungsgrundlage tatsächlich schon von vornherein ausgeschlossen. Denn aus dem Blickwinkel der *par conditio creditorum* stellt sich nicht nur das Problem, dass zur Erklärung einiger Tatbestände bereits im Ansatz anderweitige Wertungen herangezogen werden müssen. Vielmehr können einige Vorschriften sogar einem diametral entgegengesetzten Verteilungsregime dienen, soweit sie nämlich auch außerhalb der Insolvenz über Paralleltatbestände des Anfechtungsgesetzes noch gelten.

#### **aa) Gegensatz zwischen Gläubigergleichbehandlung und Prioritätsprinzip**

Auf den ersten Blick könnte man der Auffassung sein, dass die Tatbestände der Insolvenzanfechtung eine Gläubigergleichbehandlung trotz der eben aufgezeigten Kritik wenigstens insoweit verwirklichen, als die mit der Anfechtung zurückgeholte Haftungsmasse aufgrund der *par conditio creditorum* unter den Gläubigern stets gleich verteilt werde. Insofern könnte man die Anfechtungsvorschriften zumindest indirekt noch in den Dienst der Gläubigergleichbehandlung stellen. Diese Sichtweise berücksichtigte jedoch nicht, dass eine gleichmäßige Verteilung der zurückgeholten Haftungsmasse nur in den Fällen der §§ 130 bis 132 InsO und § 136 InsO zwingend ist, weil lediglich diese allein im Insolvenzverfahren zum Zuge kommen. Hingegen enthält die Insolvenzanfechtung mit den §§ 133 bis 135 InsO einige weitere Tatbestände, die über die Parallelvorschriften der §§ 3, 4 und 6, 6a AnfG auch noch im Rahmen einer gewöhnlichen Einzelvollstreckung gelten. In der Konsequenz ermöglichen diese weiteren Tatbestände eine Anfechtung aber selbst dann, wenn die *par conditio creditorum* im Verteilungsverfahren gar nicht zur Anwendung kommt, sondern sogar im Gegenteil das Prioritätsprinzip gilt.

Für die auch in der Einzelvollstreckung geltenden Tatbestände muss es daher von vornherein ausgeschlossen sein, dass ihr Rechtfertigungsgrund in einer Gläubigergleichbehandlung erkannt werden könnte. Insofern weist *Thole* zu Recht darauf hin, dass man anderenfalls versuchen müsste, dieselben Regeln mit sich widersprechenden Grundsätzen in Einklang zu bringen.<sup>324</sup> Wollte man allerdings zumindest für die allein im Insolvenzverfahren geltenden Tatbestände trotzdem noch davon ausgehen, dass gerade die Gleichbehandlung der Gläubiger ihren Rechtfertigungsgrund bilde, hätte dies dementsprechend den Preis, dass die Rückführung auf eine gemeinsame normative Grundlage aller Tatbestände zugleich unmöglich würde. Vielmehr hätte das Festhalten an der *par conditio creditorum* aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit dem Prioritätsprinzip notwendigerweise eine normative Aufspaltung des Anfechtungsrechts zur Folge.

Dem entspricht es schließlich, dass der BGH den Gegensatz zwischen der Gläubigergleichbehandlung und dem Prioritätsprinzip auch tatsächlich zum Anlass nimmt, von »zwei klar abgegrenzten Bereichen« des Anfechtungsrechts auszugehen, »von denen einer durch den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, der andere dagegen durch das Prioritätsprinzip geprägt« sei.<sup>325</sup> Anhand dieser Grundsätze misst der BGH den Tatbeständen unterschiedliche Schutzzwecke bei und systematisiert die Vorschriften daher in zwei Gruppen, nämlich den §§ 130

---

<sup>324</sup> *Thole*, ZfP 121 (2008), 67, 70; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 282.

<sup>325</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1123.

bis 132 InsO einerseits, welche in ihrem Anwendungsbereich zugunsten der *par conditio creditorum* das Prioritätsprinzip verdrängen sollen, und den übrigen Tatbeständen andererseits – insbesondere § 133 InsO –, für welche das Prioritätsprinzip weiterhin uneingeschränkte Geltung beanspruchen könne.<sup>326</sup>

Während diese Gruppierung der Tatbestände aufgrund einiger Inkonsequenzen bereits für sich gesehen auf erhebliche Bedenken stößt – die im nächsten Kapitel noch genauer beleuchtet werden sollen,<sup>327</sup> – stellt sie jedenfalls aufgrund ihrer Gegensätzlichkeit schon den ersten Schritt in Richtung von Kasuistik dar. Denn geht man davon aus, dass sich die Anfechtungsvorschriften nicht auf einen gemeinsamen Nenner bringen lassen, wird zugleich auch die Entwicklung eines einheitlichen Lösungsschemas der Anfechtbarkeit unmöglich. Diese Konsequenz ließe sich nur dadurch vermeiden, dass man eine Alternative zum Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung findet, die zum Prioritätsprinzip nicht im Widerspruch steht und deshalb auch als gemeinsamer Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit in Betracht kommen könnte.

#### **bb) Vermeidung durch Heranziehung eines einheitlichen Rechtfertigungsgrundes**

Die Herleitung eines einheitlichen Rechtfertigungsgrundes der Anfechtbarkeit ist eine der größten Herausforderungen, die zur Vermeidung von Kasuistik bewältigt werden muss. Die möglichen Argumentationslinien, die zur Begründung dieses Rechtfertigungsgrundes in Betracht kommen, können an dieser Stelle der Arbeit zwar noch nicht erschöpfend behandelt werden. Allerdings sollen bereits einige Aspekte zusammengetragen werden, auf denen im späteren Verlauf der Arbeit aufgebaut werden kann. So lässt sich nach dem bisher Gesagten schon jetzt festhalten, weshalb jedenfalls die *par conditio creditorum* als Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit nicht überzeugen kann und welche mögliche Alternative stattdessen nahe liegend erscheint.

Betrachtet man zunächst die bis hierhin aufgezeigten Kritikpunkte, die der *par conditio creditorum* als Wertungsgrundlage des Anfechtungsrechts entgegenstehen, so lassen sich diese in vier wesentliche Aspekte noch einmal kurz zusammenfassen: Erstens ist schon die Grundannahme zweifelhaft, dass es sich bei der Gläubigergleichbehandlung überhaupt um eine normative Gerechtigkeitsprämisse handelt. Zweitens lässt sich ihre Vorverlagerung auf den Zeitraum vor dem Insolvenzverfahren rechtsdogmatisch kaum begründen. Drittens findet sich der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung in den Regelungen der §§ 129 ff. InsO tatsächlich auch nur sehr bedingt wieder. Und viertens führt seine Heranziehung als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit zwingend zu einer normativen Aufspaltung des Anfechtungsrechts. Zusammengenommen geben diese Kritikpunkte ausreichend Anlass, um die Gläubigergleichbehandlung als Wertungsgrundlage einer Anfechtbarkeit ernsthaft infrage zu stellen.

#### **(1) Benachteiligung statt Ungleichbehandlung der Gläubiger**

Löst man sich deshalb von der *par conditio creditorum* und befreit man folglich den Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit von dem Gedanken einer Ungleichbehandlung der Gläubiger, so verbleibt jedoch im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners noch eine Alternative, die gedanklich gar nicht so weit entfernt ist: nämlich die *Benachteiligung* der Gläubiger. Denn zumindest in der Insolvenzureife des Schuldners führt die Befriedigung eines Einzelgläubigers auf ihrer typischen Kehrseite dazu, dass andere Gläubiger benachteiligt werden. Verfügt der Schuldner nämlich nicht mehr über genügend Vermögen, um alle seine Gläubiger befriedigen zu können, läuft die gleichwohl getätigte Befriedigung eines Einzelgläubigers in al-

<sup>326</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122 f.

<sup>327</sup> Siehe hierzu noch unter B.III.2), ab Seite 71 ff.

ler Regel darauf hinaus, dass die ohnehin schon unzureichende Haftungsmasse für andere Gläubiger nochmal weiter verringert wird. Dann geht aber der Vorteil des Einzelgläubigers gerade auf Kosten anderer.

Ist deshalb in der Insolvenzreife des Schuldners die Befriedigung des Einzelgläubigers also typischerweise verknüpft mit einer Benachteiligung anderer Gläubiger, lässt sich dieser Gedanke jedoch in den Regelungen der §§ 130, 131 InsO genauso gut wiedererkennen, wie der eines Verstoßes gegen die *par conditio creditorum*. Dabei erscheint als Rechtfertigungsgrund der Deckungsanfechtung die Benachteiligung der Gläubiger sogar noch plausibler. Gegenüber einer Gleichbehandlung hat der Gedanke einer Gläubigerbenachteiligung nämlich den Vorteil, dass er durch die einschränkenden Voraussetzungen und Differenzierungen der §§ 130, 131 InsO nicht schon wieder widerlegt wird. Denn durch diese Differenzierungen werden die Gläubiger wie gezeigt gerade nicht gleichbehandelt, so dass als Zweck der Anfechtung die Durchsetzung einer Gleichbehandlung tatsächlich zweifelhaft erscheint. Hingegen stellen die Differenzierungen der Deckungsanfechtung jedoch nicht in Frage, dass die Anfechtung zumindest dem Ausgleich einer Gläubigerbenachteiligung dient, weil durch die Anfechtung jedenfalls verlorene Haftungsmasse wieder zurückgeholt wird.

Wenn es insofern also naheliegend erscheint, den Zweck der Deckungsanfechtung statt in der Durchsetzung der *par conditio creditorum* eben „nur“ im Ausgleich einer Gläubigerbenachteiligung zu sehen, wird diese Sichtweise zumindest bei einer rechtsvergleichenden Betrachtung im Ergebnis auch von anderen Stimmen geteilt. So zieht der renommierte Insolvenzrechtler *Roy Goode* zur Erklärung des englischen Pendant der Deckungsanfechtung („*preferences*“) die *par conditio creditorum* ausdrücklich gerade *nicht* heran. Obwohl er eigentlich von der hohen Bedeutung einer Gläubigergleichbehandlung innerhalb des Insolvenzverfahrens überzeugt ist, führt *Goode* nämlich aus, dass vor Verfahrenseröffnung der Schuldner seine Verbindlichkeiten allerdings noch in beliebiger Reihenfolge befriedigen dürfe.<sup>328</sup> Soweit die Regelungen der Deckungsanfechtung solche Befriedigungen wieder rückgängig machten, sei dies nicht mit dem *pari passu principle* zu erklären, sondern schlicht mit der bezweckten Anreicherung der Haftungsmasse.<sup>329</sup>

## (2) Grundlegender Stellenwert der Gläubigerbenachteiligung

Dabei ist freilich nicht zu verkennen, dass die Anreicherung der Haftungsmasse keineswegs auf die Deckungsanfechtung beschränkt ist, sondern für die Anfechtung vielmehr auch insgesamt gilt. Denn die Zurückholung von Haftungsmasse ist nichts anderes als die allgemeine Rechtsfolge, welche gemäß §§ 143 InsO, 11 AnfG für jeden Fall der Anfechtung unabhängig vom einschlägigen Tatbestand vorgesehen ist. Selbiges gilt aber auch für das eigentliche Ziel dieser Rechtsfolge. Denn jede Zurückholung der Haftungsmasse dient zugleich auch dem Ausgleich einer Gläubigerbenachteiligung, weil auf letztere gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG für keinen Fall der Anfechtung verzichtet werden kann.

In diesem Sinne wurde im vorigen Kapitel der Arbeit bereits ausführlich dargelegt, dass jede Anfechtung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG unter der allgemeinen Bedingung steht, dass die anzufechtende Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligen muss. Obwohl diese Voraussetzung bereits seit jeher anerkannt ist, war sie erstaunlicherweise bis zur Insolvenzrechtsreform

---

<sup>328</sup> *Goode*, Principles, para. 8-02, der hinsichtlich der Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes klarstellt: »The *pari passu principle* [...] has no backward reach. It does not affect transactions completed prior to the commencement of liquidation [...] a person is entitled to discharge his liabilities in any order he pleases«.

<sup>329</sup> *Goode*, aaO, der in Abgrenzung zum englischen Pendant der Deckungsanfechtung („*preferences*“) ausführt: »By contrast, the statutory provisions on preferences are designed to unravel payments or transfers already made [...]. Recoveries by the liquidator under the statutory provisions [...] simply add to the pool of assets available for distribution«.

von 1999 im Gesetz noch nicht geregelt.<sup>330</sup> Indem der Reformgesetzgeber sie nunmehr jedoch an prominenter Stelle – das heißt gerade in den Grundnormen der §§ 129 InsO, 1 AnfG – ausdrücklich normiert hat, hat er den grundlegenden Stellenwert der Gläubigerbenachteiligung auch objektiv klar zum Ausdruck gebracht. Denn über die §§ 129 InsO, 1 AnfG wird nicht weniger als das gesamte Anfechtungsrecht unter die Prämisse der Gläubigerbenachteiligung gestellt, indem dort geregelt ist, dass die Anfechtung »nach Maßgabe der §§ 130 bis 146 InsO« (§ 129 InsO) respektive »nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen« (§ 1 AnfG) stets voraussetzt, dass die Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligt.

Weil somit die weiteren Bestimmungen des Anfechtungsrechts – insbesondere die Tatbestände – also von vornherein nicht zum Zuge kommen können, wenn die Rechtshandlung zu keiner Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG führt, kann dies nicht anders verstanden werden, als dass ohne eine Gläubigerbenachteiligung eine Anfechtung schon im Ansatz nicht begründet werden kann. In diesem Sinne muss es also ohne Benachteiligung der Gläubiger bereits am allgemeinen Rechtfertigungsgrund einer Anfechtung fehlen. Dann ist es umgekehrt allerdings plausibel, eben in der Gläubigerbenachteiligung die gemeinsame Wertungsgrundlage des Anfechtungsrechts zu erblicken, welche einerseits die grundsätzliche Anfechtbarkeit legitimiert und auf welche die übrigen Anfechtungsvorschriften andererseits nur noch aufbauen.

### (3) Folgen für das Verständnis des Anfechtungsrechts

Zwar mag diese Heranziehung der Gläubigerbenachteiligung als Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit aus Sicht der herrschenden Meinung als „zu einfach“ oder gar als „überstürzt“ erscheinen, wenn man doch traditionellerweise den Rechtfertigungsgrund nicht schon in den Grundnormen der §§ 129 InsO, 1 AnfG, sondern erst in den einzelnen Tatbeständen erblickt. Solchen Bedenken ist jedoch zum einen zu entgegnen, dass die Tatbestände nicht etwa „sinnentleert“ oder „überflüssig“ werden, wenn die grundsätzliche Anfechtbarkeit bereits mit der Gläubigerbenachteiligung legitimiert wird. Vielmehr verbleibt ihnen zumindest noch eine weitere wichtige Funktion. Denn insofern hat sich bereits bei der Erörterung der §§ 130, 131 InsO gezeigt, dass die Tatbestände aufgrund ihrer Voraussetzungen ebenso gut als verkehrsschützende Einschränkung der Anfechtbarkeit interpretiert werden können. Wie noch zu zeigen sein wird, trifft dies für die übrigen Tatbestände genauso zu.

Zum anderen gilt es zu berücksichtigen, dass die inhaltliche Bedeutung einer Gläubigerbenachteiligung im hier vertretenen Sinne auch etwas abweicht vom herkömmlichen Verständnis. Denn insofern wurde bereits ausführlich dargelegt, dass der Begriff der Benachteiligung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG inhaltlich zu präzisieren ist, so dass die Gläubigerbenachteiligung nicht etwa schon mit der Belastung des Schuldnervermögens eintritt, sondern erst mit dem anschließenden finanziellen Ausfall der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren.<sup>331</sup> Damit wird jedoch sichergestellt, dass nicht schon jeder vermögensbelastende Vorgang zugleich seine eigene Anfechtbarkeit begründet, weil sich die Gläubigerbenachteiligung eben erst anhand der längerfristigen Auswirkungen des Vermögensvorgangs bemisst, welche aber erst im Vollstreckungsverfahren verbindlich beurteilt werden können.<sup>332</sup>

Zudem spricht für die Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit, dass hierdurch die Schwierigkeiten vermieden werden können, die der *par conditio credito-*

<sup>330</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 157. Siehe auch die Vorgängerregelungen der § 29 KO und § 1 AnfG a.F.

<sup>331</sup> Siehe schon unter B.I.2)b)bb)(1), Seite 35.

<sup>332</sup> Siehe zur zeitlichen Distanz zwischen vermögensbelastender Rechtshandlung und Eintritt der Gläubigerbenachteiligung schon unter B.I.2)a)dd), Seite 27.

rum in dieser Rolle hingegen anhaften. Denn anders als der Gedanke einer Gleichbehandlung lässt sich jener einer Benachteiligung der Gläubiger im Gesetzestext nicht nur zweifelsfrei wiedererkennen, indem er insbesondere in den §§ 129 InsO, 1 AnfG ausdrücklich normiert ist. Vielmehr kann auch auf dogmatisch zweifelhafte Konstruktionen verzichtet werden, weil nicht versucht werden muss, die *par conditio creditorum* in einen Zeitraum vorzuverlagern, in dem eigentlich noch das gegenteilige Prioritätsprinzip gilt. Weil hierdurch der Gegensatz zwischen Gläubigergleichbehandlung und Prioritätsprinzip also vermieden wird, besteht schließlich ebenso keine Notwendigkeit zur normativen Aufspaltung des Anfechtungsrechts, so dass sich der Weg zur Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas der Anfechtbarkeit nicht schon von vornherein verbaut wird.

#### 4) **Zwischenfazit**

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass die Gleichbehandlung der Gläubiger nur auf den ersten Blick als Wertungsgrundlage einer Anfechtbarkeit plausibel erscheint. Geht man hingegen dem Stellenwert der Gläubigergleichbehandlung näher auf den Grund, fragt man nach der Geltung außerhalb des Insolvenzverfahrens und betrachtet man auch die gesetzliche Ausgestaltung der Anfechtungsvorschriften genauer, schwindet die Überzeugungskraft des Gedankens einer Gläubigergleichbehandlung auf ein Minimum. Insofern haben sich bis hierhin im Wesentlichen vier große Kritikpunkte herausgestellt, die die *par conditio creditorum* als Erklärung einer Anfechtbarkeit ernsthaft infrage stellen und deshalb ausreichend Anlass bieten, nach einer besseren Alternative zu suchen.

Dabei stößt erstens schon der Ausgangspunkt, nämlich dass die Gleichbehandlung der Gläubiger ein normatives Gebot der Gerechtigkeit sein soll, auf erhebliche Bedenken. Stattdessen handelt es sich viel eher nur um ein pragmatisches Verteilungsprinzip, das durch die Vermeidung von Differenzierungen dazu dienen soll, die Kosten des Insolvenzverfahrens zu reduzieren.

Zweitens lässt sich außerhalb des Insolvenzverfahrens die Geltung der *par conditio creditorum* rechtsdogmatisch auch kaum begründen. So kann die vermeintliche Vorverlagerung auf den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz ohne Zirkelschluss nicht erklärt werden, während es sich rechtsdogmatisch nur schwer herleiten lässt, weshalb Gläubiger, die allein über den Schuldner miteinander verbunden sind, im Sinne ihrer Gleichbehandlung aufeinander Rücksicht zu nehmen hätten.

Dem entspricht es drittens, dass sich die *par conditio creditorum* in den gesetzlichen Regelungen der Anfechtungstatbestände auch nur sehr bedingt wiedererkennen lässt. Vielmehr werden die Gläubiger durch die mehrfachen Differenzierungen der Deckungsanfechtung gerade nicht gleichbehandelt, während jene Anfechtungstatbestände, welche auch gegenüber Nicht-Gläubigern gelten, sich mit einer Gläubigergleichbehandlung bereits im Ansatz nicht erklären lassen.

Und viertens zwingt der Gegensatz zwischen der *par conditio creditorum* und dem Prioritätsprinzip schließlich dazu, das Anfechtungsrecht in mindestens zwei abgegrenzte Bereiche normativ aufzuspalten, so dass die Entwicklung eines tatbestandsübergreifenden Leitfadens der Anfechtbarkeit ausgeschlossen wird.

Während der letztgenannte Kritikpunkt bereits den ersten Schritt in Richtung von Kasuistik darstellt, könnte man zwar eine normative Aufspaltung des Anfechtungsrechts auch schlicht als gegeben hinnehmen. Denn insofern könnte man der Auffassung sein, dass der Gesetzgeber durch die Regelung des Gläubigeranfechtungsrechts in zwei getrennten Gesetzen selbst schon zum Ausdruck gebracht habe, dass das Rechtsgebiet auf zwei unterschiedlichen Wertungs-

grundlagen basiere. Will man deshalb eine Systematisierung der Tatbestände in zwei getrennten Gruppen vornehmen, dann sollte diese Gruppierung allerdings mit der Systematik des Gesetzes auch in Einklang zu bringen sein. Wie im nächsten Kapitel zu zeigen sein wird, ist dies jedoch – jedenfalls mit dem Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung – tatsächlich nicht zu erreichen.

### III. Systematik der Anfechtungstatbestände

Bereits die äußerlich bestehende Aufteilung des Gläubigeranfechtungsrechts in die Einzelanfechtung nach dem AnfG und der Insolvenzanfechtung nach der InsO weist darauf hin, dass die Tatbestände in zwei Gruppen aufgeteilt werden können. Da jedoch die Tatbestände des AnfG über Parallelvorschriften allesamt in der InsO ihre Entsprechung finden, wäre es zu kurz gegriffen, die Grenze zwischen diesen Gruppen schlicht entsprechend der Aufteilung in Einzel- und Insolvenzanfechtung zu ziehen. Stattdessen ist es erforderlich, die einzelnen Tatbestände anhand ihres jeweiligen Regelungsinhalts zu systematisieren.

Wenn traditioneller Weise gerade in den Regelungen der Anfechtungstatbestände – und nicht schon in den §§ 129 InsO, 1 AnfG – der Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit erkannt wird und dieser Grund zumindest für einen Teil der Tatbestände in der Durchsetzung der *par conditio creditorum* liegen soll, ist es zwar folgerichtig, wenn die herrschende Meinung die Tatbestände anhand eben dieser Kriterien systematisiert. Allerdings bedeutet dies zugleich auch zweierlei: Denn nach diesem Verständnis können einerseits nur diejenigen Tatbestände eine Gruppe bilden, die sich mit einer Gläubigergleichbehandlung auch tatsächlich vereinbaren lassen. Andererseits müssen für die übrigen Tatbestände zudem weitere Rechtfertigungsgründe gefunden werden, die sich ebenso erst aus dem Regelungsinhalt der Tatbestände ergeben und sich daher insbesondere von den Grundnormen der §§ 129 InsO, 1 AnfG noch abheben müssen. Den hieraus resultierenden Problemen soll sich im Folgenden gewidmet werden.

#### 1) Klassische *actio pauliana* und Konkurspauliana

Im Ausgangspunkt wird zur Systematisierung der Tatbestände oftmals eine rechtshistorische Betrachtung herangezogen. Insofern ist es allgemeine Ansicht, dass sich das Gläubigeranfechtungsrecht in seiner heute vielschichtigen Ausgestaltung ursprünglich aus demselben römisch-rechtlichen Vorbild – der berühmten »*actio pauliana*« – historisch entwickelt hat.<sup>333</sup> Diese *actio pauliana* zielte auf klassische Vermögensverschiebungen des Schuldners ab, welche dieser zum Zwecke der Haftungsvermeidung vornahm.<sup>334</sup> Da sie jedoch bereits zu einer Zeit bekannt war, in der ein modernes Insolvenzverfahren noch nicht existierte, soll geschlussfolgert werden, dass die *actio pauliana* der Gleichbehandlung der Gläubiger noch nicht Rechnung tragen konnte, so dass sich mit der Entstehung eines modernen Insolvenzverfahrens gerade zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung die weitere »Konkurspauliana« entwickelt und neben die »klassische« *actio pauliana* gestellt habe.<sup>335</sup>

Zwar wird teilweise angemerkt, dass die Gleichbehandlung der Gläubiger rechtshistorisch eigentlich keine insolvenzrechtliche Eigenart darstellte, sondern dem römischen Recht auch in Vollstreckungen außerhalb des Konkurses des Schuldners bekannt war.<sup>336</sup> Insofern müsste die postulierte evolutionäre Parallelität zwischen der Konkurspauliana und der *par conditio creditorum* eigentlich wieder hinterfragt werden. Weil zumindest heutzutage die Gläubigergleichbehandlung allerdings wie dargelegt eine insolvenzrechtliche Besonderheit darstellt, während außerhalb der Insolvenz das Prioritätsprinzip gilt, scheint diese Unstimmigkeit nicht weiter aufzufallen.

In diesem Sinne wird die *par conditio creditorum* also üblicherweise als eine besondere Wertung angesehen, die in der Insolvenz des Schuldners hinzutrete und die sich als zweiter Arm der Gläubigeranfechtung in den Nachfolgetatbeständen der historischen Konkurspauliana nie-

---

<sup>333</sup> Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 46; Bork, in: Insolvenzanfechtung, Kap. 1 Rn. 33; Thole, ZJP 121 (2008), 67, 70; ders., Gläubigerschutz, S. 288; Würdinger, Zahlungsverkehr, S.2.

<sup>334</sup> Thole, aaO. Vgl. auch Bork, aaO; Gerhardt, aaO; Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 133 Rn. 2.

<sup>335</sup> Thole, ZJP 121 (2008), 67, 70 f. und 74, der meint es handele sich um »mehr als nur ein[en] historische[n] Zufall«. Vgl. auch ders., Gläubigerschutz, S. 288 f. sowie Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 72 f.

<sup>336</sup> Thole, Gläubigerschutz, S. 61 f. mwN.

derschlage. Aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit dem Prioritätsprinzip soll dementsprechend auch für die heutigen im AnfG und in der InsO auftretenden Erscheinungsformen der Gläubigeranfechtung angenommen werden, dass zwischen ihnen wertungsmäßig eine nur »partielle Deckungsgleichheit« bestehe.<sup>337</sup> Vielmehr sollen die Tatbestände des Anfechtungsrechts aufgrund unterschiedlicher Wertungsgrundlagen herkömmlicherweise in zwei Gruppen systematisiert werden.<sup>338</sup> Während diese Gruppierung gerade unter der Heranziehung der *par conditio creditorum* erfolgt, ist dabei ihr genauer Grenzlauf jedoch umstritten.

## 2) Allgemeine Anfechtung und besondere Insolvenzanfechtung

Wie bereits erwähnt wurde, finden die Anfechtungstatbestände des AnfG in §§ 3, 4 sowie §§ 6, 6a als Parallelvorschriften in den §§ 133 bis 135 InsO durchweg ihre Entsprechung. Diese Tatbestände gelten daher allgemein, das heißt innerhalb sowie außerhalb der Insolvenz des Schuldners. Demgegenüber enthält die InsO mit den §§ 130 bis 132 sowie § 136 weitere Tatbestände, die dem AnfG unbekannt sind, die also lediglich in der vermögensrechtlich besonderen Situation der Insolvenz zur Anwendung kommen können. Aus dieser formalen Einteilung heraus lassen sich die Tatbestände des Gläubigeranfechtungsrechts dementsprechend in solche der »allgemeinen Anfechtung« und solche der »besonderen Insolvenzanfechtung« gruppieren.<sup>339</sup> Zumindest für letztere zieht die herrschende Meinung die Gläubigergleichbehandlung als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit im Sinne einer insolvenzspezifischen Wertung heran.<sup>340</sup>

Auf welcher Wertungsgrundlage demgegenüber die allgemeine Anfechtung basieren soll, bleibt dabei allerdings offen. Insbesondere muss das gegenteilige Prioritätsprinzip als Wertungsgrundlage ausscheiden, weil auch dieses nur ein Verteilungsprinzip zwischen Gläubigern darstellt, indem der schnellere Gläubiger gegenüber dem langsameren bevorzugt wird. Gerade weil vor allem die allgemeine Anfechtung aber auch gegenüber Nicht-Gläubigern möglich ist, kann das Prioritätsprinzip diese Anfechtbarkeit somit nicht erklären. Stattdessen beschränkt sich der Erkenntniswert hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes der Anfechtbarkeit auf eine bloße Negativabgrenzung, weil das Prioritätsprinzip mit einer Gläubigergleichbehandlung unvereinbar ist. In diesem Sinne folgt aus der *par conditio creditorum* für die allgemeine Anfechtung also lediglich, dass letztere ihren Rechtfertigungsgrund jedenfalls in einer anderen Wertung finden muss.

Während hierdurch für das Gesamtsystem der Tatbestände nicht viel gewonnen ist, muss eine solche Negativabgrenzung bei genauerer Betrachtung aber selbst noch innerhalb der Gruppe der besonderen Insolvenzanfechtung erfolgen. Denn insofern wurde einerseits schon erwähnt, dass § 132 InsO mit dem Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung bereits im Ansatz unvereinbar ist, weil auch dieser gegenüber Nicht-Gläubigern eingreift. Andererseits lassen sich selbst einige Vorschriften der Deckungsanfechtung mit der Idee einer Vorverlagerung der *par conditio creditorum* tatsächlich schon im Grundsatz nicht rechtfertigen.

<sup>337</sup> Würdinger, *Zahlungsverkehr*, S. 33 f. Vgl. ebenso BGH, NJW-RR 2009, 190 Rn. 22 ff.; NJW 1995, 2783, 2784; sowie Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 16 Rn. 1; MüKo/Kirchhof, InsO, vor § 129 Rn. 42; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 17, die von einem »unterschiedlichen Zweck« sprechen.

<sup>338</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2005, 1121, 1123; Thole, *Gläubigerschutz*, S. 292; Foerste, NZI 2006, 6, 7; Schoppmeyer, NZI 2005, 185; ders., ZIP 2009, 600, 603.

<sup>339</sup> Siehe nur BGH, aaO; Bork, in: *Insolvenzanfechtung*, Kap. 1 Rn. 10; Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Rn. 21.37; Uhlenbruck/Ede/Hirte, § 130 Rn. 1. Vgl. auch Schoppmeyer, NZI 2005, 185; Jensen, NZI 2011, 798, 801.

<sup>340</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122 f.; NZI 2011, 644 Rn. 16; Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Rn. 21.05 und 21.37; Gottwald/Huber, *Insolvenzrechts-Hdb.*, § 47 Rn. 1; Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg, *Insolvenzrecht*, J Rn. 74; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 130 Rn. 2; Klinck, *Grundlagen*, S. 33; Gerhardt, ZIP 1985, 582, 584 f.; Henckel, ZIP 1982, 391, 396; Schoppmeyer, NZI 2005, 185, 186; ders., ZIP 2009, 600, 603.



**a) § 131 Absatz 1 Nummer 3 InsO als allgemeine Anfechtung?**

Die Unvereinbarkeit mit der *par conditio creditorum* ist verbreitet anerkannt für die Regelung des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Diese Vorschrift erklärt die Befriedigung oder Sicherung einer Forderung unter bestimmten Voraussetzungen für anfechtbar und wird dabei von der gesetzlichen Systematik der Deckungsanfechtung zugeordnet. Als solche müsste § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO zwar eigentlich besonders deutlich auf der Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung basieren. Im Gegensatz zu den meisten Vorschriften der Deckungsanfechtung verzichtet § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO allerdings darauf, dass zum Zeitpunkt der Deckung der Schuldner bereits zahlungsunfähig war. In der Konsequenz könnte die Vorschrift also selbst dann greifen, wenn sich der Schuldner bei der Forderungsdeckung noch nicht in der materiellen Insolvenz befand.

Dieser Regelungsinhalt lässt sich mit dem Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung jedoch schon im Ansatz nicht vereinbaren. Denn soll dessen Vorverlagerung wie dargelegt gerade damit erklärt werden, dass der Schuldner bereits vor dem Insolvenzverfahren materiell insolvent war, kann § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit der *par conditio creditorum* mangels materieller Insolvenz also nicht erklärt werden.<sup>341</sup> Dem entspricht es, dass § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO – trotz seiner exklusiven Verortung in der InsO – von der wohl überwiegenden Auffassung lediglich der allgemeinen Anfechtung zugerechnet wird, indem der Tatbestand nicht mehr als Deckungsanfechtung, sondern aufgrund seiner verschärften subjektiven Voraussetzungen bereits als Unterfall der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO verstanden wird.<sup>342</sup>

**b) »Verfassungswidrigkeit« des § 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO?**

Das gleiche Problem stellt sich hinsichtlich des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, welcher eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ebenfalls nicht erfordert. Verzichtet er daneben allerdings auch auf subjektive Voraussetzungen, kommt hier eine alternative Einordnung als Vorsatzanfechtung als Ausweg nicht in Betracht, so dass die herrschende Meinung nicht umher kommt, § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO als Fall der besonderen Insolvenzanfechtung – trotz fehlender Insolvenzreife – mit der Vorverlagerung der *par conditio creditorum* zu begründen. In diesem Sinne weisen die Gesetzesmaterialien zwar darauf hin, dass wegen der kurzen Anfechtungsfrist von nur einem Monat die Krise des Schuldners lediglich »unwiderleglich vermutet« werde.<sup>343</sup> Soll nach herrschender Meinung jedoch gerade diese Krise der eigentliche Grund für die Geltung der Gläubigergleichbehandlung sein, dürfte sie durch eine bloße Vermutung freilich nicht ersetzt werden können.

In der Konsequenz hält *Klinck* die Vorschrift des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO sogar für verfassungswidrig.<sup>344</sup> Denn weil es möglich sei, dass sich der Schuldner tatsächlich eben noch nicht in der Insolvenzreife befunden habe, so dass in diesem Falle die *par conditio creditorum* auch nicht gelten könne, bestünde für eine Anfechtbarkeit »kein sachlicher Grund«, so dass *Klinck* einen verfassungswidrigen Eingriff in Art. 14 GG konstatiert.<sup>345</sup> Dabei hat diese Ansicht soweit ersichtlich zwar bislang noch keine Unterstützer gefunden, sie belegt jedoch eindrucksvoll, zu welch folgenschweren Schlüssen die konsequente Heranziehung der *par conditio creditorum* führen kann.

---

<sup>341</sup> Richtig *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185, 187. Vgl. auch *Klinck*, Grundlagen, S. 157.

<sup>342</sup> *Schoppmeyer*, aaO; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 131 Rn. 20; ebenfalls die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159. Andere Ansicht *Klinck*, Grundlagen, S. 160; ebenso wohl *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 79; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 364, der anscheinend von einer unwiderleglichen Vermutung der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit ausgeht. Vgl. dazu noch unter B.III.3)a), Seite 77.

<sup>343</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 158.

<sup>344</sup> *Klinck*, Grundlagen, S. 261.

<sup>345</sup> *Klinck*, Grundlagen, S. 262 f.

### c) § 132 InsO als Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung?

Ebenso unvereinbar mit dem Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung ist schließlich § 132 InsO. Zwar setzt dieser anders als § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO in der Tat die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus, so dass es prima facie möglich erscheint, hier nun tatsächlich auf eine Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit zurückzugreifen. Demnach sind Rechtsprechung und Literatur überwiegend auch der Auffassung, dass § 132 InsO als besondere Insolvenzanfechtung auf der par conditio creditorum basiere.<sup>346</sup> Allerdings ist ein solches Verständnis ebenfalls zu Recht auf Kritik gestoßen, weil § 132 InsO bereits auf die Gläubigereigenschaft des Anfechtungsgegners verzichtet, so dass die Vorschrift genauso gegenüber Nicht-Gläubigern zur Anwendung kommt. Wie schon erwähnt wurde, können Nicht-Gläubiger von der par conditio creditorum jedoch von vornherein nicht gebunden sein.<sup>347</sup>

#### aa) Die klassische Konstellation des § 132 Absatz 1 InsO

Dabei wird in der Diskussion oftmals zwischen den beiden Absätzen des § 132 InsO unterschieden. Denn während gemäß Absatz 2 von § 132 InsO grundsätzlich jede Rechtshandlung des Schuldners einer Anfechtbarkeit unterliegen kann, ist nach Absatz 1 nur ein »Rechtsgeschäft« anfechtbar. Wie bereits dargelegt wurde, galt noch unter Vorgängervorschrift des § 30 Nr. 1 Fall 1 KO, dass das Rechtsgeschäft vom Schuldner »eingegangen« worden sein musste, weshalb nach damaliger herrschender Meinung lediglich zweiseitige Rechtsgeschäfte zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner erfasst wurden.<sup>348</sup> In diesem Sinne sollte durch § 30 Nr. 1 Fall 1 KO vor allem die Anfechtbarkeit von wirtschaftlich unausgeglichenen Austauschverträgen ermöglicht werden.

Zur Begründung der Anfechtbarkeit wurde argumentiert, dass der Anfechtungsgegner bei solchen Verträgen die Notlage des Schuldners ausnutze und sich von diesem insbesondere im Rahmen von »krisenbedingten Schlussverkäufen« ungerechtfertigte Vorteile versprechen lasse.<sup>349</sup> Da der Anfechtungsgegner sich als hinzutretender Vertragsgläubiger zugleich auch unter die Insolvenzgläubiger einreihe und zudem die ihm versprochenen Vorteile auf Kosten der übrigen Gläubiger gingen, bestünde auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.<sup>350</sup>

Während allerdings bereits aufgezeigt wurde, dass sich der heutige § 132 Abs. 1 InsO in seinem Anwendungsbereich auf einen nicht-wertäquivalenten Leistungsaustausch nicht mehr beschränken lässt,<sup>351</sup> vermag andererseits selbst ein solch restriktives Verständnis des Tatbestandes die Heranziehung der par conditio creditorum tatsächlich nicht zu ermöglichen. Denn einerseits kann auf diesem Wege eine Gläubigerstellung beim Anfechtungsgegner lediglich

<sup>346</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122; MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 1; Schoppmeyer, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 9 Rn. 2; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.05 und 21.66; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 97 f.

<sup>347</sup> Klinck, Grundlagen, S. 160, 164; Thole, ZZZ 121 (2008), 67, 81; ders., Gläubigerschutz, S. 424; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 196. Vgl. auch HK/Kreft, InsO, § 132 Rn. 2, der stattdessen eine Nähe zur Vorsatzanfechtung sieht.

<sup>348</sup> Häsemeyer, aaO; HK/Kreft, InsO, § 132 Rn. 1; Jaeger/Henckel, InsO, § 132 Rn. 7. Vgl. auch MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 9; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 132 Rn. 12. Siehe auch bereits unter B.I.2)c)cc)(1), Seite 40 f.

<sup>349</sup> Henckel, ZIP 1982, 391, 393. Vgl. in diesem Sinne auch für den heutigen § 132 InsO etwa BGH, NJW 2003, 1865, 1866; MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 1; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 132 Rn. 1. Aufgrund des unausgeglichenen Leistungsaustausches wird § 132 InsO verbreitet auch als »Verschleuderungsanfechtung« bezeichnet, vgl. nur HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 132 Rn. 4; HK/Kreft, InsO, § 132 Rn. 2; Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO; Thole, ZZZ 121 (2008), 67, 82; ders., Gläubigerschutz, S. 427.

<sup>350</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.06 und 21.66.

<sup>351</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.2)c)cc)(1), Seite 40 ff.

nachträglich begründet werden.<sup>352</sup> Andererseits wird dabei die Ungleichbehandlung der Gläubiger Gesamtheit mit einer Benachteiligung der schon vorhandenen Gläubiger verwechselt.

Insofern wurde von *Thole* zu Recht angemerkt, dass nicht zu erkennen ist, weshalb die Entstehung einer zusätzlichen Gläubigerstellung bereits eine Ungleichbehandlung der Gläubiger bedeuten sollte, obwohl der hinzutretende Vertragsgläubiger im Insolvenzverfahren genauso wie die anderen Gläubiger nur die Quote erhält.<sup>353</sup> Ein Verstoß gegen die *par conditio creditorum* kann vielmehr allein dann vorliegen, wenn der Anfechtungsgegner durch die anzufechtende Rechtshandlung mehr erlangt, als er aufgrund der Gleichbehandlung der Gläubiger erhalten würde. Um einen solchen Vergleich ziehen zu können, müsste der Anfechtungsgegner allerdings bereits vor dem Zeitpunkt der Rechtshandlung einer Gleichbehandlung im Insolvenzverfahren unterliegen, das heißt ein Gläubiger des Schuldners gewesen sein.<sup>354</sup>

Stattdessen kommt es in den klassischen Konstellationen des § 132 Abs. 1 InsO nicht zu einer Ungleichbehandlung, sondern „nur“ zu einer Benachteiligung der Gläubiger. Denn einerseits werden durch den Abschluss eines wirtschaftlich unausgeglichene[n] Vertrages die Verbindlichkeiten des Schuldners in einem höheren Maße gesteigert, als dem eine Erhöhung der Haftungsmasse gegenüberstünde. Andererseits steht allerdings aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Befriedigung der Gläubiger ohnehin nicht genügend Haftungsmasse zur Verfügung, so dass die Einräumung einer zusätzlichen Gläubigerstellung auf ihrer Kehrseite typischerweise dazu führt, dass der Forderungsausfall für andere Gläubiger noch einmal gesteigert wird. Durch diesen zusätzlichen Forderungsausfall werden die Gläubiger zwar nicht ungleich behandelt, dafür aber stets benachteiligt.

In diesem Sinne darf wohl behauptet werden, dass die Ungleichbehandlung der Gläubiger mit deren Benachteiligung verwechselt wird, wenn die herrschende Meinung die Wertungsgrundlage des § 132 InsO in der *par conditio creditorum* erkennen will. Vor dem Hintergrund, dass in der Insolvenzureife des Schuldners die Ungleichbehandlung in aller Regel mit einer Benachteiligung der Gläubiger einhergeht, ist diese Verwechslung zwar in gewisser Weise verständlich. Sobald man sie allerdings erkennt, wäre es dann nur konsequent, anstelle der *par conditio creditorum* eben die Gläubigerbenachteiligung als den eigentlichen Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit anzuerkennen.

#### **bb) Der reformierte Anwendungsbereich des § 132 InsO – insbesondere Absatz 2**

Selbiges gilt erst recht, sobald man zudem die tatbestandliche Ausweitung des § 132 InsO berücksichtigt, die dieser im Zuge der Insolvenzsrechtsreform erfahren hat. Denn wie schon dargelegt wurde, reicht es nach dem heutigen § 132 Abs. 1 InsO bereits aus, dass das Rechtsgeschäft vom Schuldner »vorgenommen« wurde, weshalb nunmehr unstreitig auch einseitige Rechtsgeschäfte, wie etwa Kündigungen, erfasst sind. Hier ist aber nicht erkennbar, in welchem Zusammenhang dies zur *par conditio creditorum* stehen sollte. Kündigt der Schuldner beispielsweise einen für die Haftungsmasse günstigen Vertrag, werden die Gläubiger hierdurch nicht ungleich behandelt, sondern in aller Regel benachteiligt, weil ihnen Haftungsmasse verloren geht.

Genauso verhält es sich mit dem neu hinzugefügten Absatz 2 von § 132 InsO, der nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch bloße *Rechtshandlungen* des Schuldners erfasst, durch die dieser insbesondere ein Recht gegen den Anfechtungsgegner verliert. In diesen Konstellationen lässt sich eine Ungleichbehandlung der Gläubiger ebenfalls nicht wiedererkennen, weil der

---

<sup>352</sup> Vgl. insofern auch Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 1.

<sup>353</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 423.

<sup>354</sup> Ebenso *Thole*, Gläubigerschutz, S. 424, nach dem der Gegner zum Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts gegen die *par conditio creditorum* nicht verstoßen könne, weil er am Wettlauf der Gläubiger noch nicht teilnehme.

Anfechtungsgegner nur als Schuldner des Schuldners – und nicht etwa als dessen Gläubiger – betroffen ist.<sup>355</sup> Dass die Gläubigergleichbehandlung in dieser Hinsicht keine plausible Erklärung bieten kann, lässt sich also nicht mehr bestreiten.<sup>356</sup> Häsemeyer gibt folglich auch zu Bedenken, dass § 132 Abs. 2 InsO lediglich »die Masse als Haftungsvermögen [schütze], nicht die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger«. <sup>357</sup> Eben dieser Schutz der Haftungsmasse ist wie dargelegt aber ohnehin die Gemeinsamkeit aller Anfechtungsvorschriften. Wenn im Falle des § 132 Abs. 2 InsO dieser Schutz zur Rechtfertigung einer grundsätzlichen Anfechtbarkeit offensichtlich bereits ausreicht, weshalb sollte dies dann nicht auch für die übrigen Tatbestände gelten?

#### d) **Zwischenfazit**

Bis hierhin kann hinsichtlich der Systematisierung der Tatbestände demgemäß schon festgehalten werden, dass die herrschende Vorstellung, dass sich auf der Basis der *par conditio creditorum* eine materielle Grenze zwischen allgemeiner Anfechtung und besonderer Insolvenzanfechtung ziehen lasse, mit der objektiven Gesetzeslage nicht zu vereinbaren ist. Insofern hat sich gezeigt, dass vielmehr auch innerhalb der Gruppe der besonderen Insolvenzanfechtung noch eine Negativabgrenzung vorgenommen werden muss, weil sich bei genauerer Betrachtung die §§ 131 Abs. 1 Nr. 1 und 3, 132 InsO mit einer Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung bereits im Ansatz nicht erklären lassen.

Während diese Negativabgrenzung die alternative Wertungsgrundlage noch offen lässt, konnte jedoch insbesondere am Beispiel des § 132 InsO bereits bestätigt werden, dass es durchaus plausibel erscheint, die eigentliche Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit in einer Benachteiligung statt in einer Ungleichbehandlung der Gläubiger zu sehen. Eine solche Heranziehung der Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund hätte aufgrund ihrer Normierung in §§ 129 InsO, 1 AnfG allerdings nicht nur zur Folge, dass eine Alternative zur *par conditio creditorum* gefunden worden wäre, sondern der Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit auch für die übrigen Tatbestände bereits festläge.

Will man hingegen die Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit traditionellerweise nicht schon in den §§ 129 InsO, 1 AnfG, sondern erst in den einzelnen Anfechtungstatbeständen erkennen, ist dies nur möglich, wenn man den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung zur Rechtfertigung einer grundsätzlichen Anfechtbarkeit nicht ausreichen lässt. In diesem Sinne wird in den Tatbeständen außer der *par conditio creditorum* üblicherweise zumindest noch eine weitere Wertung erkannt, auf deren Grundlage in jüngerer Zeit ein neuer Vorschlag zur Systematisierung der Tatbestände formuliert wurde. Dieser Wertung und der mit ihr einhergehenden Systematik soll sich im Folgenden gewidmet werden.

### 3) **Schuldnerbezogene Anfechtung und Gläubigerkonkurrenzanfechtung**

Anknüpfend an die soeben geschilderte Kritik möchte Thole die Tatbestände des Anfechtungsrechts abweichend von der herrschenden Meinung in zwei alternative Gruppen systematisieren. So vertritt er die Auffassung, dass sich die Tatbestände einerseits in eine »Gläubigerkonkurrenzanfechtung« und andererseits in eine »schuldnerbezogene Anfechtung« einteilen ließen.<sup>358</sup> Dabei befasse sich die Gläubigerkonkurrenzanfechtung mit der ungerechtfertigten Vorteilserlangung einzelner Gläubiger im Verhältnis zu konkurrierenden Gläubigern. Zumin-

<sup>355</sup> So erfasst § 132 Abs. 2 InsO beispielsweise das Verstreichenlassen einer Frist, wie die Unterlassung einer zivilrechtlichen Anfechtung oder Hemmung einer Verjährung, vgl. die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 160; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 13.

<sup>356</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.73; vgl. auch *Klinck*, Grundlagen, S. 160; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 429.

<sup>357</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.72.

<sup>358</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 74 ff.; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 292 ff.

dest für diese Gruppe möchte *Thole* daher an der Bedeutung der *par conditio creditorum* als den »eigentlichen Grund« der Anfechtung festhalten.<sup>359</sup> Insofern nennt er als Unterfälle dieser Gläubigerkonkurrenzanfechtung sowohl die §§ 130, 131 InsO<sup>360</sup> als auch die § 135 InsO<sup>361</sup> und §§ 6, 6a AnfG<sup>362</sup>, welche einerseits allesamt eine Gläubigerstellung des Anfechtungsgegners voraussetzen, andererseits allerdings auf das Vorliegen einer Handlung des Schuldners verzichten.

Soweit die übrigen Tatbestände gleichsam umgekehrt beim Gegner keine Gläubigerstellung fordern, dafür jedoch eine Handlung des Schuldners zur Voraussetzung haben, spricht *Thole* hingegen von der schuldnerbezogenen Anfechtung,<sup>363</sup> die sowohl die §§ 132 bis 134 InsO als auch die §§ 3, 4 AnfG umfasse.<sup>364</sup> Insofern soll laut *Thole* auf einen anderen Legitimationsgrund zurückgegriffen werden, der als alternative Wertung insbesondere für die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO und § 3 AnfG bereits seit jeher in der Diskussion ist. Denn hinsichtlich der Vorsatzanfechtung heißt es überwiegend, dass sie nicht die *par conditio creditorum* durchsetze, sondern schlicht »missbilligenswerte Vermögensverschiebungen« des Schuldners unabhängig von dessen Insolvenz bekämpfe.<sup>365</sup> Nach *Thole* soll dieser Gedanke einer generellen Sanktionierung eines unbilligen Schuldnerverhaltens für die schuldnerbezogenen Tatbestände jedoch insgesamt herangezogen werden. Denn in diesen Fällen würde sich in der Handlung des Schuldners ein zu missbilligendes »Opportunismusrisiko« realisieren, weil der Schuldner die Haftungsmasse in »sozial inadäquater Weise« verringert habe.<sup>366</sup>

Von diesem Verständnis ausgehend, soll für die Systematik der Anfechtungstatbestände zunächst mehr vorgenommen werden, als eine bloße Negativabgrenzung. Stattdessen nähert sich *Thole* der gesuchten Grenzziehung von beiden Seiten und beabsichtigt auf diesem Wege eine Systematisierung zu begründen, welche von der formalen Einteilung in eine allgemeine Anfechtung und eine besondere Insolvenzanfechtung abweicht.<sup>367</sup> Allerdings erkennt *Thole* die Schwächen seines Ansatzes bereits selbst. Denn soweit er bezüglich der Tatbestandsgruppe der Gläubigerkonkurrenzanfechtung an der Idee einer Vorverlagerung der *par conditio creditorum* prinzipiell festhält, hadert er – wie sogleich zu zeigen sein wird – mit der tatsächlichen Ausgestaltung des Gesetzes nicht weniger als schon die herrschende Meinung. Doch selbst die alternative Vorstellung eines »missbilligenswerten Schuldnerverhaltens« als normativer Rechtfertigungsgrund einer schuldnerbezogenen Anfechtung, stößt auf ganz erhebliche Bedenken, weil dieses Verständnis einerseits keine handfeste Wertung beinhaltet und andererseits nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt.

#### a) § 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG als Unterfälle der Deckungsanfechtung?

Wenn die *par conditio creditorum* als Wertungsgrundlage derjenigen Tatbestände dienen soll, in denen es sich beim Anfechtungsgegner um einen Gläubiger des Schuldners handelt, schließt *Thole* zwar § 132 InsO als Anwendungsfall der *par conditio creditorum* richtigerweise aus. Gleichsam im Gegenzug muss er sie allerdings direkt wieder erweitern, weil unter dieser Prämisse neben der Deckungsanfechtung auch die Anfechtung der Rückgewähr von

---

<sup>359</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 74; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 293.

<sup>360</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 77; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 347 ff.

<sup>361</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 77; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 394 ff.

<sup>362</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 418 f.

<sup>363</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 75; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 297.

<sup>364</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 421 ff., 439 ff., 483 ff.; vgl. auch *ders.*, ZZZ 121 (2008), 67, 76.

<sup>365</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122; Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rn. 2 und 4; MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 1a; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 133 Rn. 5; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 3; Bork, ZIP 2014, 797, 803; Jensen, NZI 2013, 471. Vgl. auch König, Anfechtung, Rn. 2; Foerste, NZI 2006, 6, 7.

<sup>366</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 75 f.; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 297.

<sup>367</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 77; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 292.

Gesellschafterdarlehen nach § 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG als Ausdruck der Gläubigergleichbehandlung angesehen werden muss.<sup>368</sup> Deshalb sollen nach *Thole* die § 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG nur Unterfälle des § 130 InsO darstellen, die als »insider preference law« lediglich aufgrund »struktureller Informationsasymmetrien« eine unwiderlegliche Typisierung zulasten desjenigen Gläubigers vornähmen, welcher als Gesellschafter an der Schuldnergesellschaft beteiligt ist.<sup>369</sup> Denn während § 130 InsO noch den Nachweis erfordert, dass der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte, sei ein Gesellschafter typischerweise über die Vermögensverhältnisse der Schuldnergesellschaft besser informiert als außenstehende Gläubiger, weshalb die § 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG im Gegensatz zu § 130 InsO auf die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit verzichteten.<sup>370</sup>

Indessen kann ein solches Verständnis der § 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG als Unterfall des § 130 InsO nicht überzeugen. Denn tatsächlich besteht im Falle des § 130 InsO eine Beweiserleichterung für die Kenntnis des Gesellschafters von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bereits durch §§ 130 Abs. 3, 138 InsO. Diese Beweiserleichterung führt einerseits allerdings nicht zu einer unwiderleglichen Typisierung, sondern nur zu einer widerleglichen Vermutung,<sup>371</sup> und gilt andererseits erst ab einer Kapitalbeteiligung von mehr als 25 Prozent, wohingegen eine Anfechtung nach § 135 InsO gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO bereits bei mehr als zehn Prozent greift. Insofern besteht also ein Wertungswiderspruch.

Noch problematischer ist es allerdings, dass die § 135 InsO und §§ 6, 6a AnfG nicht nur auf die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verzichten, sondern wie die § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 3 InsO bereits auf deren Eintritt. Wenn die materielle Insolvenz des Schuldners für eine Vorverlagerung der Gläubigerbenachteiligung jedoch erforderlich ist, wäre man deshalb wie bei § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO dazu gezwungen, in die Tatbestände der § 135 InsO und § 6, 6a AnfG ebenfalls die unwiderlegliche Vermutung hineinzulesen, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung schon insolvenzreif gewesen sei.<sup>372</sup> Während *Klinck* hier wie gesehen bereits von einer Verfassungswidrigkeit spricht,<sup>373</sup> kann aufgrund der Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO aber auch schon die Vermutung als solche nicht mehr begründet werden, so dass *Thole* diese Frist aus »rechtspolitischer Warte [...] als verfehlt« und »bei weitem zu lang« ansehen muss.<sup>374</sup> Zieht man daneben auch die §§ 6, 6a AnfG mit in die Betrachtung ein, welche als Tatbestände der Einzelanfechtung innerhalb der Insolvenz des Schuldners von vornherein gar nicht zum Zuge kommen können, zeigt sich schließlich deutlich, dass sich unter dem Gesichtspunkt einer Vorverlagerung der par conditio creditorum die Tatbestandsgruppe der Gläubigerkonkurrenzanfechtung mit der objektiven Gesetzeslage leider nicht vereinbaren lässt.

#### **b) Das Fehlverhalten des Schuldners als normativer Rechtfertigungsgrund?**

Darüber hinaus bestehen Konflikte mit der objektiven Gesetzeslage auch insofern, als für die schuldnerbezogenen Tatbestände als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit auf ein Fehlverhalten des Schuldners abgestellt werden soll. Denn danach müsste auch § 132 InsO ein solches Fehlverhalten beinhalten, so dass der Tatbestand nicht auf der insolvenzrechtlichen

<sup>368</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 77; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 394 ff.

<sup>369</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 395; vgl. auch *ders.*, KTS 2007, 293, 299. Ähnlich *Haas*, ZInsO 2007, 617, 621.

<sup>370</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 396. Ähnlich *Haas*, aaO.

<sup>371</sup> Vgl. nur *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.34.

<sup>372</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 79; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 364 f.; vgl. auch *Pentz*, FS Hüffer (2010), S. 747, 764.

<sup>373</sup> Vgl. *Klinck*, Grundlagen, S. 261 (dort Fn. 203), wonach sich die Problematik des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO bei § 135 InsO in entsprechender Weise stelle.

<sup>374</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 398.

Sonderwertung einer Gläubigergleichbehandlung basierte, sondern dieser »missbilligenswerte« Vermögensverschiebungen des Schuldners unabhängig von dessen Insolvenz bekämpfte.<sup>375</sup> Bei diesem Verständnis stellt sich jedoch die Frage, weshalb dann § 132 InsO außerhalb der Insolvenz des Schuldners im AnfG keine Entsprechung findet.

**aa) Die Unbestimmtheit des Vorwurfs eines Fehlverhaltens**

*Thole* begegnet diesem Einwand mit dem Argument, dass ohne die finanzielle Krise des Schuldners durch § 132 InsO »ein übermäßiger Schutz vor opportunistischem Verhalten bewirkt« wäre.<sup>376</sup> Insofern wird zur Begründung einer Anfechtbarkeit also offenbar gefordert, dass das opportunistische Verhalten des Schuldners ein bestimmtes Maß überschreiten müsse, so dass ein Schutz erst im Falle eines besonderen, das heißt „qualifizierten“ Fehlverhaltens des Schuldners in Betracht kommen könnte. Leider bleibt dabei allerdings nicht nur unklar, weshalb dieses Maß im Falle des § 132 InsO erst bei einer finanziellen Krise des Schuldners überschritten wird. Vielmehr stellt sich auch für die übrigen schuldnerbezogenen Tatbestände die Frage, wo genau eigentlich die Grenze zwischen „einfachem“ und qualifiziertem Fehlverhalten verlaufen soll.

Als weitere Erklärung der Anfechtbarkeit wird von *Thole* zwar noch angeführt, dass jene Handlungen des Schuldners erfasst sein sollten, die »zum Gegenstand einer vertraglichen Abrede zwischen Gläubigern und Schuldner gemacht worden wären«.<sup>377</sup> Allerdings muss er dabei bereits selbst einräumen, dass diese Erkenntnis »für konkrete Problemlösungen wenig operabel« erscheint.<sup>378</sup> Insbesondere lässt die Annahme eines hypothetischen Vertrages zwischen Gläubigern und Schuldner nicht erkennen, weshalb eine solche Abrede gerade die gesetzlich normierten Anfechtungstatbestände beinhalten würde. Zur Erklärung der Tatbestände kommt *Thole* deshalb letztlich nicht umher, »auf scheinbar vorgefundene, ihrerseits nicht begründete Fairness- und Billigkeitserwägungen« hinzuweisen, welche sich »nicht vollständig auflösen« ließen.<sup>379</sup>

Eben diese Unklarheit darüber, welches materielle Kriterium ein Verhalten des Schuldners eigentlich als derart »missbilligenswert« erscheinen lässt, dass eine Anfechtbarkeit gerechtfertigt wäre, zieht jedoch schon den eigentlichen Mehrwert eines solchen Verständnisses in Zweifel. Denn ohne einen echten materiellen Erklärungsansatz, verkommt die Kategorie der schuldnerbezogenen Anfechtung letztlich zu der rein formalen Erkenntnis, dass in dieser Gruppe der Tatbestände die Handlung vom Schuldner vorgenommen werden muss, während in materieller Hinsicht – insoweit durchaus vergleichbar zur Kategorie der allgemeinen Anfechtung – im Endeffekt doch wieder nur eine Negativabgrenzung zur *par conditio creditorum* erfolgt, so dass bei Lichte betrachtet nicht viel gewonnen wurde. Vielmehr ist aufgrund der Unbestimmtheit des Vorwurfs eines schuldnerischen Fehlverhaltens der Schritt zu einer Anfechtung aufgrund bloßer Interessenabwägungen nicht mehr weit.

**bb) Die Ungewöhnlichkeit der Schuldnerperspektive**

Dabei kann die Idee eines Fehlverhaltens des Schuldners als Wertungsaspekt einer Anfechtung bereits aus grundsätzlichen Erwägungen nicht überzeugen. Denn zu Recht weist *Marotzke* darauf hin, dass »nicht der „böse“ Schuldner, sondern der durch ihn *Begünstigte* [...] derjenige [ist], dem [durch die Anfechtung] etwas weggenommen werden soll«.<sup>380</sup> Ist der eigentliche Leidtragende der Anfechtung deshalb nicht der Schuldner, sondern der Anfechtungs-

---

<sup>375</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 81; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 424.

<sup>376</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 82. Vgl. auch *ders.*, Gläubigerschutz, S. 426 f.

<sup>377</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 76; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 298.

<sup>378</sup> *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 76; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 299.

<sup>379</sup> Wie vorherige Fn.

<sup>380</sup> *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 440; in diesem Sinne auch schon *ders.*, ZZZ 105 (1992), 451, 453.

gegner, leuchtet es jedoch schon vom Ansatz her nicht ein, weshalb überhaupt aufgrund eines Fehlverhaltens des Schuldners eine Anfechtbarkeit zulasten des Anfechtungsgegners begründet werden sollte.<sup>381</sup> Vielmehr ist der Schuldner im Verhältnis zwischen dem anfechtenden Gläubiger – respektive dem Insolvenzverwalter – und dem rückgewährpflichtigen Anfechtungsgegner lediglich ein außenstehender Dritter.

### (1) Der Anfechtungsgegner als Teilnehmer einer deliktischen Vermögensschädigung?

*Thole* räumt deshalb zunächst auch ein, dass die Perspektive des Schuldners zur Erklärung der Anfechtbarkeit »prima facie ungewohnt« erscheine.<sup>382</sup> Sodann möchte er diese Singularität in der Sache jedoch damit rechtfertigen, dass der Anfechtungsgegner – vergleichbar zu einer deliktischen Handlung – am Fehlverhalten des Schuldners „teilnehme“.<sup>383</sup> Denn während bereits die römischen Vorbilder den Gegner nur als »Teilnehmer« des schuldnerischen Fehlverhaltens ansahen, ließe sich eben nicht darüber hinweggehen, dass das Schuldnerverhalten einer »phänotypisch deliktischen Vermögensschädigung« entspreche, selbst wenn die schuldnerbezogenen Tatbestände das Prädikat eines deliktischen Unrechts nicht verdienen.<sup>384</sup>

Eine solche Begründung stößt jedoch spätestens bei der Anfechtung von unentgeltlichen Leistungen gemäß § 134 InsO und § 4 AnfG an ihre Grenzen. Denn soll auch bei unentgeltlichen Leistungen des Schuldners der Grund der Anfechtbarkeit in einem schuldnerischen Fehlverhalten liegen,<sup>385</sup> an welchem der Anfechtungsgegner in deliktisähnlicher Weise teilnehme, ist tatsächlich aber nicht erkennbar, weshalb die Unentgeltlichkeit einer Leistung bereits eine Nähe zu einem deliktischen Unrecht begründen sollte.<sup>386</sup> Hat der Anfechtungsgegner keine Gegenleistung erbracht, trägt der unentgeltliche Erwerb zivilrechtlich vielmehr kein anderes „Manko“ als jenes einer schwachen Beständigkeit.<sup>387</sup> Diese Anfälligkeit für eine zivilrechtliche Rückabwicklung basiert jedoch nicht auf der Teilnahme an einer phänotypisch deliktischen Vermögensschädigung durch den Schuldner, sondern allein auf der fehlenden Schutzwürdigkeit des Empfängers einer unentgeltlichen Leistung.<sup>388</sup>

### (2) Der Korrekturbedarf im Einzelfall

Selbst wenn man ungeachtet dieser Kritik, die Idee eines Fehlverhaltens des Schuldners als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit anerkennen wollte, ist damit keineswegs ein Garant für die Herleitung von interessensgerechten Ergebnissen gefunden. Vielmehr bedeutet das Abstellen auf die Schuldnerperspektive schon von seiner Konzeption her, dass ein angemessener Interessenausgleich im Einzelfall nur durch erhebliche Korrekturen anhand weiterer Wertungen erreicht werden kann. Dies wird insbesondere im Rahmen der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO und § 3 AnfG erkennbar.

Denn wenn bei der Vorsatzanfechtung das besondere Fehlverhalten des Schuldners darin gesehen werden soll, dass er seine Gläubiger vorsätzlich benachteiligt, müsste die Anfechtbar-

<sup>381</sup> Im Ansatz genauso *Marotzke*, aaO.

<sup>382</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 299.

<sup>383</sup> *Thole*, aaO.

<sup>384</sup> *Thole*, aaO.

<sup>385</sup> So das Verständnis von *Thole*, Gläubigerschutz, S. 439, der den Tatbestand aufgrund der »schuldnerische[n] Haftungsvermeidung« legitimieren möchte. Vgl. auch *Jensen*, NZI 2013, 471, 474.

<sup>386</sup> Auch kollisionsrechtlich wird die Schenkungsanfechtung nicht deliktisch eingeordnet, vgl. *Schmidt-Räntsch*, Anknüpfung Gläubigeranfechtung, S. 23 und 25 ff.

<sup>387</sup> Siehe nur *MüKo/J. Koch*, BGB, § 516 Rn. 4; *Prütting*, KTS 2005, 253, 255.

<sup>388</sup> So auch die ganz herrschende Meinung zu § 134 InsO; siehe BGH, NJW-RR 2014, 940 Rn. 14; *MüKo/Kayser*, InsO, § 134 Rn. 1; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 134 Rn. 2; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 2. *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 104; *Prütting*, aaO. Vgl. auch *MüKo/J. Koch*, aaO.



keit einer Vermögensverschiebung zwar folglich von eben diesem Benachteiligungsvorsatz abhängen. Als bloße Innensicht des Schuldners werden dabei aber die Interessen des Rechtsverkehrs noch nicht berücksichtigt. Deshalb ist es zwingend erforderlich, die Wertung eines Fehlverhaltens des Schuldners zum Schutz des Rechtsverkehrs in einem zweiten Schritt wieder einzuschränken.<sup>389</sup> In diesem Sinne fordert etwa *Jacoby* im Wege einer teleologischen Reduktion die Anfechtbarkeit gemäß § 133 InsO auszuschließen, wenn trotz des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners das Vertrauen des Anfechtungsgegners auf den Bestand der Rechtshandlung als schutzwürdig erscheint,<sup>390</sup> während selbst *Thole* im Rahmen der Vorsatzanfechtung für die Feststellung des Schuldnervorsatzes eine »maßvolle Abkoppelung« vom Erwartungshorizont des Schuldners vornehmen möchte.<sup>391</sup>

Doch auch diese Einschränkung zugunsten des Anfechtungsgegners reicht für die Herbeiführung interessengerechter Ergebnisse bei genauerer Betrachtung noch nicht aus, wenn man die Anfechtbarkeit gerade von einem besonderen Fehlverhalten des Schuldners abhängig machen möchte. Denn es ist ebenso der umgekehrte Fall denkbar, in welchem der Anfechtungsgegner zwar nicht schutzwürdig ist, dafür aber das besondere Fehlverhalten des Schuldners nicht vorliegt. In diesem Sinne kann im Falle der Vorsatzanfechtung etwa die Feststellung eines Schuldnervorsatzes für die Begründung der Anfechtbarkeit in der Sache einen unnötigen Umweg darstellen, der im Einzelfall schnell zu einem „Nadelöhr“ werden könnte.

So ist es beispielsweise durchaus möglich, dass einem Schuldner das Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung aufgrund von Naivität oder geschäftlicher Unerfahrenheit – etwa als Verbraucher – fehlte, während dem Anfechtungsgegner die Benachteiligung der Gläubiger jedoch sonnenklar war. Wäre hier eine Anfechtung mangels Schuldnervorsatzes ausgeschlossen, liefe dies in der Sache auf eine unverdiente Privilegierung des Gegners hinaus. Hierdurch würde den Gläubigern des Schuldners der Ausgleich ihrer Benachteiligung allein deshalb verwehrt, weil dem Schuldner selbst die Tragweite seines Handelns nicht bewusst gewesen war. Ein solches Ergebnis wäre nicht interessengerecht. Insofern wird von *Marotzke* zu Recht darauf hingewiesen, dass es »unmöglich richtig« sein kann, »die Anfechtung daran scheitern zu lassen, daß die Absicht zur Gläubigerbenachteiligung statt beim Schuldner „nur“ beim Anfechtungsgegner vorlag«.<sup>392</sup>

Will man dessen ungeachtet die Anfechtbarkeit trotzdem vorrangig an der Perspektive des Schuldners festmachen, bedarf es also zur Vermeidung solch interessenwidriger Ergebnisse schon von der Konzeption her einzelfallabhängiger Korrekturen, die letztlich zu Inkonsistenzen bei der Anwendung der Tatbestände führen. In eben diesem Sinne ist im Falle der Vorsatzanfechtung nämlich tatsächlich zu beobachten, dass für die Feststellung des Schuldnervorsatzes in der Rechtsprechung je nach Konstellation unterschiedlich strenge Maßstäbe angelegt werden, worauf im Weiteren noch zurückzukommen sein wird.<sup>393</sup> Aufgrund dieser einzelfallabhängigen Korrekturen bietet die Schuldnerperspektive für die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung allerdings kaum noch eine Orientierung, sondern führt sie im Gegenteil sogar zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit.

---

<sup>389</sup> Dies erkennt freilich auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 301 ff., der den Schutz des Rechtsverkehrs grundsätzlich jedoch nur als »ergänzenden Wertungsgesichtspunkt« der Anfechtungstatbestände ansieht. Ebenso *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 45.

<sup>390</sup> *Jacoby*, KTS 2009, 3, 14 ff.

<sup>391</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 520. So im Ergebnis auch der BGH, siehe dazu noch unter B.IV.2)a)ff), ab Seite 91 ff.

<sup>392</sup> *Marotzke*, ZZP 105 (1992), 451, 453.

<sup>393</sup> Siehe hierzu im Einzelnen noch B.IV.2)a)ff), ab Seite 91 ff.

**cc) Alternative des Vorwurfs einer Gläubigerbenachteiligung**

Vor dem Hintergrund dieser konzeptionellen Probleme muss die kritische Frage gestattet sein, warum man eigentlich nicht zur Rechtfertigung einer grundsätzlichen Anfechtbarkeit auf ein besonderes Fehlverhalten des Schuldners verzichtet und stattdessen schon die Herbeiführung einer Gläubigerbenachteiligung ausreichen lässt. Denn auch im Rahmen der schuldnerbezogenen Anfechtung stellt die Gläubigerbenachteiligung den eigentlichen Mittelpunkt der Wertung dar. Dies zeigt sich im Falle der Vorsatzanfechtung nicht nur daran, dass der Vorsatz des Schuldners gerade auf die Gläubigerbenachteiligung gerichtet sein muss. Darüber hinaus ist auch für den Fall des § 132 InsO der eigentliche Gedanke, der aus der gesetzlichen Regelung – wie eben gezeigt<sup>394</sup> – herausgelesen werden kann, dass die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden.

Durch einen solchen Rückgriff auf die Gläubigerbenachteiligung als Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit ließen sich die Schwierigkeiten verhindern, die der Vorstellung eines besonderen Fehlverhaltens des Schuldners in dieser Rolle anhaften. Denn hierdurch wäre nicht nur der praktisch kaum zu fassende Vorwurf eines opportunistischen Verhaltens des Schuldners oder einer sozialen Inadäquanz zur Rechtfertigung einer Anfechtbarkeit nicht mehr erforderlich, so dass Unsicherheiten vermieden würden. Vielmehr könnte bei der Anwendung der Tatbestände auf die Begründung eines solch besonderen Fehlverhaltens auch von vornherein verzichtet werden.

Insofern würde vor allem die konzeptionelle Ungewöhnlichkeit verhindert, dass die Anfechtung hauptsächlich aus der Perspektive des Schuldners hergeleitet werden soll, obwohl der eigentliche Hauptleidtragende der Anfechtung doch der Anfechtungsgegner ist. Vielmehr könnte bei der Auslegung der Tatbestände die Dominanz der Schuldnerperspektive gebrochen und stattdessen zur Sicherstellung interessengerechter Ergebnisse die Schutzwürdigkeit des *Gegners* in den Vordergrund gestellt werden.

Dabei ist zwar nicht zu verkennen, dass insbesondere die Vorsatzanfechtung im Ausgangspunkt nicht die Sicht des Anfechtungsgegners, sondern gerade jene des Schuldners bemüht, weil dessen Benachteiligungsvorsatz als erste Voraussetzung in den §§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO, 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG normiert wird. Dies steht aber einer Auslegung des Tatbestandes unter Betonung der Perspektive des Gegners nicht entgegen. Weil nämlich direkt anknüpfend am Schuldnervorsatz ebenso vorausgesetzt wird, dass der Gegner von diesem Vorsatz Kenntnis hatte, ist es – wie im Näheren noch zu zeigen sein wird – durchaus möglich, für die eigentliche Bedeutung des Schuldnervorsatzes wiederum auf die Sicht des Anfechtungsgegners abzustellen.

Eben aufgrund dieses Perspektivenwechsels böte sich schließlich auch die Möglichkeit zu einer alternativen Systematisierung der Tatbestände. Insofern wären die Tatbestände nicht etwa nach den vermeintlich unterschiedlichen Rechtfertigungsgründen zu systematisieren, sondern nach der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners. Denn wenn man bei der Auslegung der Tatbestände die Perspektive des Gegners betont, geben bereits die unterschiedlich langen Anfechtungsfristen der Tatbestände einen ersten Hinweis darauf, dass die Schutzwürdigkeit des Gegners je nach tatbestandlicher Situation differiert. Deshalb wäre es naheliegend, eben hier nach die Tatbestände auch zu gruppieren, worauf im zweiten Teil der Arbeit freilich noch genauer einzugehen sein wird.

<sup>394</sup> Siehe hierzu bereits unter B.III.2)c)aa), Seite 74 f.

#### 4) **Zwischenfazit**

Hinsichtlich der Systematisierung der Tatbestände kann bis hierhin schon festgehalten werden, dass diese jedenfalls anhand der traditionell herangezogenen Rechtfertigungsgründe nicht in sich stimmig möglich ist. Bezüglich der *par conditio creditorum* hat sich insofern gezeigt, dass es nur auf den ersten Blick plausibel erscheint, die Tatbestände der besonderen Insolvenzanfechtung aufgrund einer Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung als eine Gruppe zusammenzufassen. Bei genauerer Betrachtung hat sich vielmehr herausgestellt, dass innerhalb dieser Gruppe die §§ 131 Abs. 1 Nr. 1 und 3, 132 InsO mit einer solchen Vorverlagerung tatsächlich nicht erklärt werden können.

Aber auch für eine abweichende Gruppierung der Tatbestände im Sinne einer Gläubigerkonkurrenzanfechtung lässt sich die *par conditio creditorum* nicht fruchtbar machen, weil der Tatbestand des § 135 InsO auch außerhalb der Insolvenz in den §§ 6, 6a AnfG noch Parallelvorschriften findet. Wenn dementsprechend eine Systematisierung der Tatbestände mit dem Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung letztlich nicht konsequent gelingen kann, ist dies insgesamt allerdings schon der fünfte große Kritikpunkt, der gegen die anfechtungsrechtliche Bedeutung der *par conditio creditorum* spricht.

Soweit als Alternative zur Gläubigergleichbehandlung der Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit in einem besonderen Fehlverhalten des Schuldners erkannt werden soll, hilft dies zur Systematisierung der Tatbestände ebenfalls wenig weiter, weil sich dann die Frage stellt, weshalb § 132 InsO innerhalb des AnfG keine Entsprechung findet.

Darüber hinaus begegnet eine solche Heranziehung der Schuldnerperspektive aber auch schon vom Grundsatz her erheblichen Bedenken. Insofern besteht nicht nur die Schwierigkeit, dass sich handfeste Kriterien für den Vorwurf eines besonderen Fehlverhaltens kaum formulieren lassen. Vielmehr ist es auch konzeptionell wenig überzeugend, die Anfechtbarkeit hauptsächlich aus der Perspektive des Schuldners zu begründen, obwohl der eigentliche Hauptleidtragende der Anfechtung der Anfechtungsgegner ist. Bedarf es daher zur Sicherstellung interessengerechter Ergebnisse einzelfallabhängiger Korrekturen, bietet der Gedanke eines Fehlverhaltens des Schuldners bei der Anwendung der Tatbestände letztlich allerdings kaum noch eine Orientierung. Vielmehr müssen durch die einzelfallabhängigen Korrekturen zugleich Inkonsequenzen bei der Anwendung der Tatbestände auftreten, von denen einige im nächsten Kapitel näher beleuchtet werden sollen.

#### **IV. Tatbestände der Gläubigeranfechtung**

Sind die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen der §§ 129 InsO, 1 AnfG erfüllt, werden die weiteren Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung in den einzelnen Anfechtungstatbeständen geregelt. Insofern legen die Tatbestände jeweils konkrete Situationen fest, in denen ein Dritter als Anfechtungsgegner einer Anfechtbarkeit ausgesetzt ist. Dabei bilden die Tatbestände wegen der Menge der möglichen Konstellationen nicht nur einen Großteil der Vorschriften des Anfechtungsrechts. Vielmehr wird die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung in Rechtsprechung und Literatur regelmäßig auch schnell auf die Frage nach dem einschlägigen Tatbestand fokussiert. In diesem Sinne erscheinen die Anfechtungstatbestände als das eigentliche Kernstück des Rechtsgebiets, weshalb die meisten Problematiken der Anfechtbarkeit vor allem aus dem Blickwinkel der einzelnen Tatbestände diskutiert werden.

Diese Probleme können und sollen im Folgenden freilich nicht alle erörtert werden. Stattdessen soll der Schwerpunkt der Darstellung auf jene Aspekte liegen, die als Abgrenzung zur hier vertretenen Ansicht sowie für den eigentlichen Anlass der Arbeit, das heißt für die Konstellationen der mittelbaren Zuwendung, besonders relevant sind.

##### **1) Bedeutung der Anfechtungstatbestände**

Wie anfangs der Arbeit bereits erwähnt wurde, sieht die herrschende Meinung die Tatbestände als selbständige Anfechtungsgründe an, die als solche jeweils für sich stehen und die Anfechtbarkeit einer Vermögensverschiebung begründen. Folgt man dieser Sichtweise, müssen in der Konsequenz die Tatbestandsmerkmale aber auch alle wesentlichen Erwägungen beinhalten, welche für die Erklärung der Anfechtbarkeit erforderlich sind. In eben diesem Sinne wird traditionellerweise davon ausgegangen, dass die Anfechtungstatbestände die Aufgabe besitzen, die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen und insgesamt zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>395</sup>

##### **a) Dreifache Funktionalität der Tatbestände?**

Weil bei jeder Anfechtung zumindest drei Interessensphären berührt sind, nämlich die des Schuldners, der Gläubiger, sowie des Rechtsverkehrs in Person des Anfechtungsgegners, läuft die traditionelle Sichtweise also darauf hinaus, dass den Tatbeständen insgesamt eine dreifache Funktionalität zugemessen wird: Erstens müssen sie zulasten des Schuldners den Anwendungsbereich definieren, innerhalb welchem dieser die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen überhaupt verlieren kann. Zweitens müssen sie zugunsten der Gläubiger den Rechtfertigungsgrund festlegen, mit welchem eine Anfechtbarkeit im Grundsatz legitimiert werden soll. Und drittens müssen sie diese Anfechtbarkeit zugleich aber auch wieder einschränken, indem sie zum Schutz des Rechtsverkehrs noch eingrenzende Anfechtungsvoraussetzungen enthalten.

Da sich hinter jeder dieser Aufgabe eine bestimmte Wertung verbirgt, entsteht mit der dreifachen Funktionalität der Tatbestände allerdings das komplizierte Wertungsgeflecht, von dem in der Einleitung der Arbeit bereits die Rede war und welches die eigentliche Ursache für das Verständnis des Anfechtungsrechts als »typisches Fallrecht« darstellt. Denn in der Sache sind die Anfechtungstatbestände damit „Diener vieler Herren“, was dazu führt, dass eine geradlinige Auslegung anhand eines übergeordneten gemeinsamen Leitgedankens ausgeschlossen ist. Vielmehr müssen nach dem Verständnis der herrschenden Meinung bei der Anwendung der einzelnen Tatbestände konstellationsabhängig die unterschiedlichsten Korrekturbestrebungen bestehen, welche die Lösungsfindung letztlich auf den jeweiligen Einzelfall verlagern, was sogleich näher zu erörtern ist.

<sup>395</sup> Vgl. nur BGH, NZI 1999, 152, 153; MüKo/Kirchhof, InsO, vor § 129 Rn. 4.

## **b) Reduzierung auf eine Funktion**

Will man dieses Wertungsgeflecht auflösen und stattdessen die Anfechtungstatbestände auf einen einheitlichen Leitgedanken verschlanken, ist es unerlässlich, die Tatbestände von zwei der drei Funktionen zu befreien. Denn erst wenn die Tatbestände nur noch eine Aufgabe wahrnehmen, kann ihnen auch ein klarer gemeinsamer Leitgedanke beigemessen werden, der für die Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas unabdingbar ist. Zumindest um diese eine Aufgabe herauszukristallisieren, kann an dieser Stelle auf die bisher gesammelten Erkenntnisse bereits zurückgegriffen werden. Nach dem bisher Gesagten können nämlich zwei der drei Funktionen statt den Anfechtungstatbeständen auch den beiden allgemeinen Voraussetzungen der §§ 129 InsO, 1 AnfG beigemessen werden, das heißt der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung.

Denn versteht man den Begriff der Rechtshandlung mit der hier vertretenen Auffassung als eine Zurechnungsproblematik, dann wurde am Anfang der Arbeit bereits aufgezeigt, dass das Vorliegen einer Rechtshandlung stets die Verwirklichung eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos voraussetzt.<sup>396</sup> Dabei wurde erwähnt, dass gerade zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit des Schuldners ein solches Risiko auch fehlen kann, so dass eine Anfechtung in solchen Fällen mangels Rechtshandlung von vornherein ausgeschlossen sein muss.<sup>397</sup> In diesem Sinne wird jedoch die erstgenannte Aufgabe, das heißt den Anwendungsbereich festzulegen, innerhalb welchem die Verfügungsfreiheit des Schuldners überhaupt infrage steht, bereits vom Begriff der Rechtshandlung erfüllt.

Hinsichtlich der zweitgenannten Funktion wurde in den letzten beiden Kapiteln ebenfalls schon dargelegt, dass es durchaus plausibel ist, den Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit – alternativ zur *par conditio creditorum* respektive eines Fehlverhaltens des Schuldners – auch schon im Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung zu erblicken.<sup>398</sup> Die Legitimation der grundsätzlichen Anfechtbarkeit mag deshalb im Interesse der Gläubiger auch damit erklärt werden, dass die Gläubiger durch einen finanziellen Ausfall im Vollstreckungsverfahren benachteiligt sind.

Insofern lassen sich anhand der Begriffe der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung also zwei der drei genannten Funktionen bereits abdecken. Damit verbleibt für die Tatbestände letztlich jedoch nur noch die drittgenannte Funktion, das heißt die grundsätzliche Anfechtbarkeit zum Schutz des Rechtsverkehrs einzugrenzen. Folgte man einer solchen funktionalen Reduzierung, wäre somit bei der Anwendung der Tatbestände nur noch danach zu fragen, ob der Anfechtungsgegner in der tatbestandlichen Situation schutzwürdig erscheint. Letzten Endes ließen sich die Tatbestände damit auf die gemeinsame Wertung reduzieren, dass der Gegner in den beschriebenen Situationen eben nicht schutzwürdig ist, so dass eine Anfechtung gegen ihn möglich wird.

## **2) Anfechtungstatbestände im Einzelnen**

Bevor sich im nächsten Teil der Arbeit dieser gemeinsamen Wertung im Näheren gewidmet wird, sollen zur Abrundung der Ausgangslage die einzelnen Anfechtungstatbestände nochmal aus der traditionellen Sichtweise erörtert werden. In diesem Sinne sollen im Folgenden insbesondere die Problematiken aufgezeigt werden, die entstehen, wenn man die Tatbestände nicht auf die Frage nach der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners reduziert, sondern ihnen darüber hinaus auch noch die beiden anderen Funktionen beimisst. Ein größeres Augenmerk

---

<sup>396</sup> Siehe dazu schon unter B.I.1)d), ab Seite 16 ff.

<sup>397</sup> Siehe dazu schon unter B.I.1)d)dd), Seite 21.

<sup>398</sup> Siehe zur Gläubigerbenachteiligung als Alternative zur *par conditio creditorum* schon unter B.II.3)c)bb), Seite 65, sowie als Alternative zum Fehlverhalten des Schuldners schon unter B.III.3)b)cc), Seite 81.

soll deshalb auf den Inkonsequenzen liegen, die notwendig werden, wenn man bei der Anwendung der Tatbestände noch weitere Wertungen berücksichtigen möchte.

Dabei soll jedoch an einigen Stellen zumindest schon eine grobe Vorstellung darüber vermittelt werden, wie sich gerade im Sinne eines Verkehrsschutzes die Tatbestände alternativ auch aus der reinen Perspektive des Anfechtungsgegners lesen lassen. Soweit einschlägig soll darüber hinaus ebenso schon angedeutet werden, wie die Anfechtungstatbestände mithilfe eines materiell aufgewerteten Begriffs der Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG von einer Lösungsfindung entlastet werden könnten. Insofern wird auf das anfangs bereits hergeleitete Verständnis der Rechtshandlung als anfechtungsrechtliche Zurechnungsproblematik zurückgegriffen.

#### a) Vorsatzanfechtung

Die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO hat ihre Entsprechung in § 3 AnfG. Nach dem Wortlaut ihres Absatzes 1 sind nachteilige Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar, wenn dieser sie mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und der Anfechtungsgegner von diesem Vorsatz Kenntnis hatte. Während die Anfechtungsfrist der Vorsatzanfechtung mit zehn Jahren besonders lang ist, wird der Tatbestand auch im Übrigen seit der Insolvenzrechtsreform von der Rechtsprechung eher großzügig gehandhabt.<sup>399</sup> Diese Rechtspraxis hat in jüngster Zeit erhebliche Kritik hervorgerufen, weil sich der Rechtsverkehr in Person des Anfechtungsgegners einem deutlich verstärkten Anfechtungsrisiko ausgesetzt sieht. So wird etwa in einer gemeinsamen Erklärung verschiedener Wirtschaftsverbände bemängelt, dass die derzeitige Auslegung des § 133 InsO in der Rechtspraxis zu »untragbaren Ergebnissen« führe.<sup>400</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, liegt dies vor allem daran, dass bei der Anwendung der Vorsatzanfechtung die Perspektive des Schuldners überbetont und damit interessengerechte Ergebnisse erschwert werden.<sup>401</sup>

#### aa) Bedeutung als Generalklausel

Aufgrund ihrer langen Anfechtungsfrist von zehn Jahren kommt der Vorsatzanfechtung in der neueren Rechtsprechung häufig eine Art Reservefunktion zu, welche insbesondere dann virulent wird, wenn die regelmäßig erheblich kürzeren Fristen der anderen Anfechtungstatbestände verstrichen sind.<sup>402</sup> Dabei hat der weitgehende Mangel an objektiven Tatbestandsmerkmalen dazu geführt, dass die Gerichte die Schlagkraft der Vorsatzanfechtung noch ausweiten konnten, indem sie den Nachweis ihrer subjektiven Voraussetzungen durch Beweiserleichterungen beträchtlich vereinfacht haben.<sup>403</sup> So hat sich die Vorsatzanfechtung in der Rechtspraxis zum mittlerweile »schärfsten Schwert des Insolvenzverwalters« entwickeln können.<sup>404</sup> Wenn § 133 Abs. 1 InsO deshalb teilweise sogar als »(kleine) Generalklausel des Anfechtungsrechts«<sup>405</sup> bezeichnet wird, müsste er eigentlich einen generellen Leitgedanken enthal-

<sup>399</sup> Vgl. *Bork*, ZIP 2004, 1684, der von einer »Renaissance des § 133 InsO« spricht. Ausführlich zur Entwicklung auch *Kirchhof*, FS Fischer (2008), 285 ff.

<sup>400</sup> Die am 8. Juli 2014 abgegebene gemeinsame Erklärung verschiedener Wirtschaftsverbände findet sich unter [http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht\\_und\\_Wettbewerb/Gemeinsame\\_Erklaerung\\_der\\_Verbaende\\_\\_11\\_Logos\\_\\_08.07.2014\\_.pdf](http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht_und_Wettbewerb/Gemeinsame_Erklaerung_der_Verbaende__11_Logos__08.07.2014_.pdf).

<sup>401</sup> Vgl. etwa *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 440, der zu Recht eine »gravierende Fehlfokussierung auf den Schuldner« bemängelt; kritisch ebenfalls *Jacoby*, KTS 2009, 3, 14 ff.

<sup>402</sup> *Jacoby*, KTS 2009, 3, 4.

<sup>403</sup> *Bork*, ZIP 2004, 1684, 1687 ff; *Jacoby*, aaO; *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 601. Ausführlich zu den entwickelten Beweiserleichterungen auch *Thole*, KTS 2007, 293, 302 ff; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 498 ff.

<sup>404</sup> *Jacoby*, aaO. Vgl. auch *C. Paulus*, FS Fischer (2008), 445, 456 f., sowie *Lütcke*, ZInsO 2013, 1984, 1990, der hinsichtlich der Vorsatzanfechtung von einem »Superanfechtungstatbestand« spricht.

<sup>405</sup> *Jacoby*, KTS 2009, 3, 20; ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.77. Ähnlich insoweit auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 483, der in § 133 InsO den »Grundtatbestand« der schuldnerbezogenen Anfechtung erkennt. Vgl.

ten, der in abgewandelter Form auch in den übrigen Anfechtungstatbeständen zum Ausdruck kommt.

Jedenfalls mit der Idee eines Fehlverhaltens des Schuldners lässt sich ein solch allgemeiner Leitgedanke tatsächlich allerdings von vornherein nicht aufstellen, weil einige Tatbestände eine Handlung des Schuldners schon gar nicht voraussetzen. Eine gemeinsame Basis der Tatbestände kann vielmehr allein die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners bilden, weil jeder Tatbestand zumindest eine Situation beschreibt, in der der Gegner eine nicht schützenswerte Vermögensverschiebung erhält. Unterstreicht man deshalb beim Verständnis der Vorsatzanfechtung als »kleine Generalklausel« also nicht die Perspektive des Schuldners, sondern gerade jene des Anfechtungsgegners, so drängt sich jedoch die These auf, dass die Schutzwürdigkeit des Gegners im Regelfall davon abhängen soll, wie wahrscheinlich aus seiner Sicht der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung ist.

Denn betont man in der tatbestandlichen Situation der §§ 133 InsO, 3 AnfG die Sicht des Anfechtungsgegners – also dass dieser eine Kenntnis davon hat, dass der Schuldner mit dem Vorsatz zur Gläubigerbenachteiligung handelt – so lässt sich argumentieren, dass der Gegner unter diesen Umständen auch einen besonders starken Grund hat davon auszugehen, dass die Gläubigerbenachteiligung tatsächlich eintreten wird. Insofern ist nämlich nicht nur zu berücksichtigen, dass es dem Schuldner als Vermögensinhaber frei steht, die Haftungsmasse nach seinem Belieben soweit zu schmälern, bis seine Gläubiger einen finanziellen Ausfall erleiden. Darüber hinaus ist der Schuldner über seine eigenen Vermögensverhältnisse typischerweise auch am besten informiert, so dass er den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung am ehesten beurteilen kann. Handelt der Schuldner nun im Falle der §§ 133 InsO, 3 AnfG aber sogar mit dem Vorsatz zu einer solchen Benachteiligung, spricht aus Sicht des Gegners also alles dafür, dass diese Benachteiligung auch tatsächlich eintreten wird.

In diesem Sinne ließe sich also annehmen, dass die lange Frist der Vorsatzanfechtung nicht etwa auf dem besonders verwerflichen Verhalten des Schuldners beruht, sondern vielmehr darauf, dass es sich bei der Kenntnis von dessen Benachteiligungsvorsatz um eine besonders starke Form der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners handelt. Insbesondere wäre ein solcher Perspektivenwechsel konzeptionell auch konsequent, weil er die besondere Schlagkraft der §§ 133 InsO, 3 AnfG gerade aus der Sicht desjenigen begründet, der von der Anfechtung maßgeblich betroffen ist.

#### **bb) Historisch unklares Verständnis**

Wenn die herrschende Meinung beim Verständnis der Vorsatzanfechtung hingegen die Sicht des Schuldners im Sinne eines besonderen Fehlverhaltens betont, ist rechtshistorisch jedoch unklar, ab wann ein solches Fehlverhalten anzunehmen sein soll. Bezüglich der Vorgängervorschrift des § 31 Nr. 1 KO ging das Reichsgericht ursprünglich noch davon aus, dass ihr Grund in einem deliktischen Handeln des Schuldners liege, weshalb einschränkend eine »fraudulöse Absicht« gefordert wurde.<sup>406</sup> Der BGH schloss sich diesem deliktischen Verständnis zwar bereits hinsichtlich § 31 Nr. 1 KO nicht mehr an, setzte allerdings im Sinne eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals zumindest bei der Anfechtung von kongruenten Deckungen ein gesteigertes »unlauteres Verhalten« des Schuldners voraus.<sup>407</sup> Nach Inkrafttreten der InsO wurde schließlich auch diese Einschränkung der Vorsatzanfechtung aufgegeben.

---

auch C. Paulus, aaO. Anders hingegen Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 6, nach dem der Gesetzgeber auf eine Generalklausel verzichtet habe.

<sup>406</sup> RGZ 48, 401, 402 f.; 74, 224, 226.

<sup>407</sup> So schon BGH, NJW 1954, 673, 674 f. und auch noch BGH NJW 1993, 1640, 1641.

Stattdessen betont der BGH nunmehr, dass für eine Anfechtbarkeit nach dem heutigen § 133 Abs. 1 InsO grundsätzlich bereits jede Form eines Benachteiligungsvorsatzes genüge.<sup>408</sup>

Während diese zunehmende Abschwächung des Gedankens einer besonderen Verwerflichkeit einerseits zwar zu begrüßen ist, hat sie andererseits ohne ein einschränkendes Korrektiv freilich zur Folge, dass die Anfechtbarkeit ganz erheblich ausgeweitet wird. Gerade wenn bereits jede Vorsatzform genügt, besteht die Gefahr einer allzu pauschalen Anfechtbarkeit. Vielmehr ist es auch nach der hier vertretenen Auffassung erforderlich, über weitere Kriterien die Anfechtbarkeit genauer zu justieren. Dies sollte in erster Linie jedoch nicht durch eine korrigierende Handhabung der Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung, sondern durch eine materielle Aufwertung des Begriffs der Rechtshandlung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG geschehen.

### cc) **Ausweitung auf schuldnerfremde Handlungen?**

Dabei wird die Tendenz, die Vorsatzanfechtung durch eine Abschwächung des Gedankens eines Fehlverhaltens des Schuldners noch auszuweiten, zum Teil auch dazu genutzt, stattdessen den Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung zu betonen.<sup>409</sup> So wird von einer verbreiteten Mindermeinung versucht, zumindest in der Insolvenz des Schuldners aufgrund einer Gläubigergleichbehandlung in einer analogen Anwendung des § 133 Abs. 1 InsO zu begründen, dass neben Handlungen des Schuldners ebenso reine Gläubigerhandlungen über die Vorsatzanfechtung anfechtbar sein sollen.<sup>410</sup>

Eine solche Ausweitung auf schuldnerfremde Handlungen lehnen der BGH sowie die herrschende Literaturmeinung jedoch ab.<sup>411</sup> Insofern wird an dem Gedanken eines Fehlverhaltens des Schuldners prinzipiell festgehalten und überwiegend sowohl darauf hingewiesen, dass die Vorsatzanfechtung gerade im Fehlverhalten des Schuldners ihre Rechtfertigung fände,<sup>412</sup> als auch darauf, dass nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift eben lediglich Handlungen des Schuldners anfechtbar seien und dies als Entscheidung des Gesetzgebers akzeptiert werden müsse.<sup>413</sup>

Wenn nach der hier vertretenen Auffassung allerdings weder eine Gläubigergleichbehandlung noch ein Fehlverhalten des Schuldners die Anfechtbarkeit überzeugend erklären kann, gilt nichts anderes für die Frage nach der Person des Handelnden. Vielmehr bildet diese Problematik bereits ein Beispiel dafür, wie man eine alternative Lösung auch über einen materiell aufgewerteten Begriff der Rechtshandlung finden könnte. Denn versteht man diesen Begriff als eine anfechtungsrechtliche Zurechnungsfrage, ist am Anfang der Arbeit bereits angeklungen, dass vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts eine subjektive Verantwortlichkeit des Handelnden für die Aufrechterhaltung der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger zu fordern wäre.<sup>414</sup> Jeder, den eine solche Verantwortung trifft, wäre demge-

<sup>408</sup> BGH, NJW 2003, 3347, 3349, wonach auch bei kongruenten Deckungen ein lediglich bedingter Vorsatz ausreiche, sowie BGH, NJW 2003, 3560, 3561, wonach für § 133 InsO ein »unlauteres Zusammenwirken« zwischen Schuldner und Gläubiger nicht mehr erforderlich sei.

<sup>409</sup> Vgl. Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Rn. 21.79

<sup>410</sup> Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Rn. 21.79; G. Brinkmann/Luttmann, *ZInsO* 2007, 565, 567; Krefz, *KTS* 2004, 205, 218. Im Ergebnis auch Rendels, *ZIP* 2004, 1289, 1293; Marotzke, *ZInsO* 2014, 417, 434 ff.; vgl. auch schon ders., *ZZP* 105 (1992), 451, 452.

<sup>411</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122; NJW-RR 2013, 165 Rn. 9; NJW 2014, 1963 Rn. 30; Jaeger/Henckel, *InsO*, § 133 Rn. 4; MüKo/Kayser, *InsO*, § 133 Rn. 7 f.; Uhlenbruck/Ede/Hirte, *InsO*, § 133 Rn. 8; Thole, *Gläubigerschutz*, S. 485 ff.; ders., *ZZP* 121 (2008), 67, 88 ff.; Jacoby, *KTS* 2009, 3, 9. Vgl. auch Bork, *ZIP* 2004, 1684, 1685 f.

<sup>412</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122; Jaeger/Henckel, aaO; Thole, *ZZP* 121 (2008), 67, 89.

<sup>413</sup> Jacoby, aaO. Vgl. auch BGH, aaO.

<sup>414</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.1)e), Seite 22.



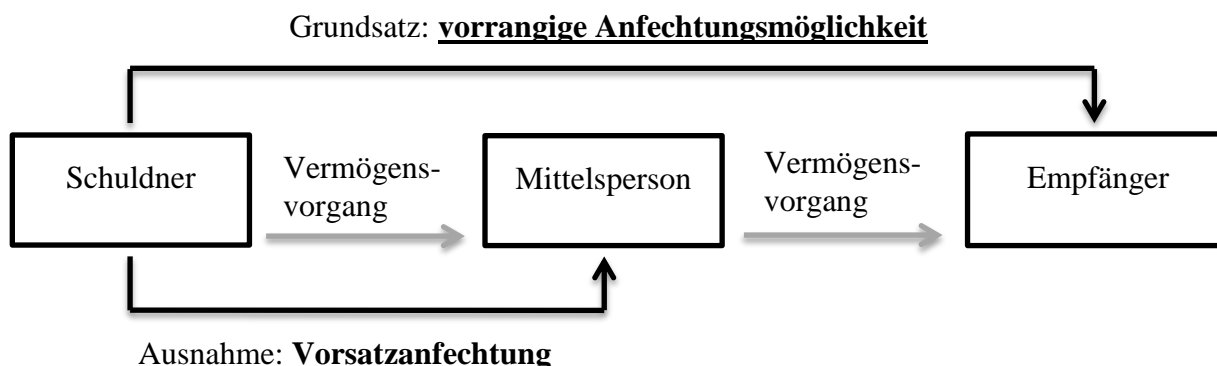
mäß aber auch dazu in der Lage, eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG vorzunehmen.

Insofern ist es zwar richtig, dass grundsätzlich allein der Schuldner für den Bestand seines Vermögens verantwortlich ist, was im Wortlaut der Vorsatzanfechtung auch zum Ausdruck kommt. Misst man dem Tatbestand mit der hier vertretenen Auffassung allerdings nur die Funktion zu, die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu widerlegen, trifft er über die Person des Handelnden letztlich noch keine zwingende Aussage. Stattdessen ließe sich die Frage nach der Urheberschaft der Handlung alternativ auch im Begriff der Rechtshandlung verorten. Hierauf soll im zweiten Teil der Arbeit freilich noch genauer eingegangen werden.

**dd) »Reservefunktion« bei mittelbaren Zuwendungen?**

Eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorsatzanfechtung wird im Rahmen von mittelbaren Zuwendungen diskutiert. Denn während die herrschende Meinung bei mittelbaren Zuwendungen zwar die Grundsätze des Bereicherungsrechts entsprechend anwenden möchte,<sup>415</sup> soll die Vorsatzanfechtung allerdings eine »Reservefunktion«<sup>416</sup> besitzen. In diesem Sinne soll eine Anfechtung bei mittelbaren Zuwendungen ausnahmsweise auch unter Durchbrechung der Kausalverhältnisse begründet werden können,<sup>417</sup> so dass zugunsten der Gläubiger des Schuldners nicht nur gegenüber dem Empfänger angefochten werden könne, sondern auch die Mittelsperson einer Anfechtung unterliege.<sup>418</sup> Denn obwohl die Mittelsperson in aller Regel als bloße »Zahlungs- und Verrechnungsstelle« fungiere,<sup>419</sup> so dass sie durch den Vermögensvorgang keinen eigenen Vorteil behält, sondern diesen an den Empfänger vielmehr weiter reicht, hält der BGH eine Anfechtung gegenüber der Mittelsperson im Falle der Vorsatzanfechtung jedoch für »vom Gesetz gewollt und billig«.<sup>420</sup>

*Illustration:*



In der Sache wird dieses Ergebnis mit der besonderen Verwerflichkeit gerechtfertigt, welche im Falle der Vorsatzanfechtung vermeintlich bestehen soll. Dabei ergeben sich jedoch schon deshalb Inkonsequenzen, weil der Gedanke eines Fehlverhaltens des Schuldners hier stärker betont wird als im Normalfall. So heißt es in der Literatur zunächst, dass sich die Vorsatzan-

<sup>415</sup> Siehe dazu bereits unter A.II, Seite 3, mit den Nachweisen in Fn. 31.

<sup>416</sup> Thole, Gläubigerschutz, S. 353.

<sup>417</sup> BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 20; NJW-RR 2013, 163 Rn. 8; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 40 und 57; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 49a; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 301.

<sup>418</sup> BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 20; NJW 2012, 1959 Rn. 21; NJW-RR 2013, 163 Rn. 11; NZI 2013, 249 Rn. 21; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 40; MüKo/Kayser, aaO; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 174 ff.; Neyses, Mehrpersonenverhältnis, S. 128; Thole, aaO.

<sup>419</sup> BGH, NJW 2012, 1959 Rn. 21; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 49 f. Vgl. auch Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 292, die von der Mittelsperson als bloßes »Instrument des Zahlungsvorgangs« sprechen.

<sup>420</sup> BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 24. Zustimmend Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 178; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 131; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 75 f.

fechtung gegenüber den anderen Tatbeständen durch ein »Mehr an sozialer Inadäquanz«<sup>421</sup> auszeichne oder dass sie ein »überbordendes subjektives Moment«<sup>422</sup> beinhalte. Dieses subjektive Moment müsse bei der Anfechtung gegen die Mittelsperson aber durch »besondere Umstände« über den Normalfall hinausgehen und liege jedenfalls dann vor, wenn es sich um einen Fall der Kollusion handle.<sup>423</sup> In eben diesem Sinne begründet auch der BGH die Vorsatzanfechtung gegen die Mittelsperson nicht allein mit deren Kenntnis vom Schuldnervorsatz, sondern damit, dass sie mit dem Schuldner »letztlich kollusiv« zusammenwirke und deshalb »nicht mehr als reine Zahlstelle« anzusehen sei.<sup>424</sup>

Diese Begründung ist zu Recht auf Kritik gestoßen. Denn weil im Falle einer Kollusion zwischen Schuldner und Mittelsperson bereits eine Sittenwidrigkeit vorliegt,<sup>425</sup> ist nicht ersichtlich, inwiefern in solchen Konstellationen zwischen der Vorsatzanfechtung und den §§ 138, 826 BGB noch sinnvoll abgegrenzt werden könnte.<sup>426</sup> Vielmehr würde die Vorsatzanfechtung in den Fällen der Kollusion, aufgrund der gemäß §§ 138, 826 BGB ohnehin bestehenden Nichtigkeit der Vermögensverschiebung sowie der Schadensersatzpflicht der Mittelsperson, rechtspraktisch weitgehend überflüssig. Dem entspricht es, dass zumindest außerhalb von mittelbaren Zuwendungen auch in der Rechtsprechung des BGH anerkannt ist, dass ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner für die Vorsatzanfechtung gerade nicht erforderlich ist.<sup>427</sup>

Wäre es daher eigentlich konsequent, auf das Erfordernis einer Kollusion zu verzichten, stellt sich dann allerdings wieder die Frage, worin die »besonderen Umstände« liegen sollen, die eine Anfechtung gegen die Mittelsperson ausnahmsweise ermöglichen. Jedenfalls anhand der Kriterien der Vorsatzanfechtung lässt sich diese Frage nicht beantworten, weil diese die hierfür notwendige Differenzierung nicht leisten können.

Stattdessen würde es nach der hier vertretenen Auffassung wiederum näher liegen, eine Lösung für die Anfechtung gegen die Mittelsperson anhand des Begriffs der Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG zu suchen. Denn am Anfang der Arbeit wurde bereits dargelegt, dass der Begriff der Rechtshandlung in den Konstellationen der mittelbaren Zuwendung eine ganz grundlegende Bedeutung hat, weil er die zwei Vermögensvorgänge der Zuwendung zu einem Gesamtvorgang verbinden muss, damit zwischen Schuldner und Empfänger eine mittelbare Zuwendung überhaupt vorliegen kann.<sup>428</sup>

Dabei wurde ebenso schon aufgezeigt, dass der eigentliche Grund, weshalb eine Anfechtung gegen die Mittelsperson grundsätzlich ausgeschlossen ist, darin liegt, dass sich in ihrer Ein-

---

<sup>421</sup> Thole, aaO.

<sup>422</sup> Burchard, Dreieck, S. 88.

<sup>423</sup> Burchard, Dreieck, S. 88 f. sowie 118 f.; im Ergebnis ebenso Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 42.

<sup>424</sup> BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 24; NJW 2012, 1959 Rn. 26. Vgl. auch Thole, Gläubigerschutz, S. 353, der von einem »fraudulösen« Mitwirken der Mittelsperson spricht. Andere Ansicht aber Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 130; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 75, die bereits die bloße Kenntnis der Mittelsperson vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners ausreichen lassen wollen. Ein solcher Verzicht auf ein kollusives Zusammenwirken hätte jedoch zur Folge, dass die Mittelsperson bereits dafür „bestraft“ wird, dass der Schuldner mit einem Benachteiligungsvorsatz handelte. Dies erschiene wenig interessengerecht.

<sup>425</sup> Siehe allgemein nur BGH, NJW 1981, 2184, 2185; MüKo/Wagner, BGB, § 826 Rn. 60.

<sup>426</sup> Ebenso Bork, ZIP 2008, 1041, 1046 und 1048, nach dem das Merkmal der Kollusion im Rahmen der Vorsatzanfechtung richtigerweise »nichts zu suchen hat«. Zu Recht kritisch auch Ede, ZInsO 2012, 1541, 1544; Enzenhofer, NZI 2013, 252.

<sup>427</sup> BGH, NZI 2008, 231 Rn. 18; NJW 2003, 3560, 3561. Vgl. auch Bork, aaO.

<sup>428</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d), ab Seite 16 ff.

schaltung ein eigenständiges Risiko für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger im Regelfall nicht realisiert.<sup>429</sup>

Umgekehrt ist damit zugleich aber auch gesagt, wann eine Anfechtung gegen die Mittelsperson ausnahmsweise eben doch möglich ist. Dies müsste nämlich konsequenterweise immer dann der Fall sein, wenn sich in der Einschaltung der Mittelsperson doch ein eigenständiges Risiko verwirklichte, weil die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger gerade aufgrund der Mittelbarkeit der Zuwendung geringer ausfallen, als bei einer unmittelbaren Zuwendung an den Empfänger. Dass dieser gleichsam *mittelbarkeitsspezifische Nachteil* auch auf weiteren besonderen Umständen wie einem »letztlich kollusiven« Zusammenwirken zwischen Schuldner und Mittelsperson beruhte, wäre hingegen nicht erforderlich.

Letztlich würden hierdurch vor allem drei Vorteile erreicht: Erstens bestünde ein handfestes Kriterium zur Begründung der Anfechtbarkeit gegen die Mittelsperson, zweitens bliebe dabei die Grenze zur Sittenwidrigkeit gewahrt und drittens würde eine Anfechtung gegen die Mittelsperson – nicht zuletzt im Sinne einer tatbestandsübergreifenden Lösung – auch außerhalb der Vorsatzanfechtung im Grundsatz ermöglicht.

#### ee) **Eingrenzung auf »unbillige« Vermögensverschiebungen?**

Die Grenze zur Sittenwidrigkeit spielt in der Diskussion zur Vorsatzanfechtung ebenso eine Rolle, wenn von einigen Literaturstimmen bestritten wird, dass der bloße Benachteiligungsvorsatz des Schuldners für eine Vorsatzanfechtung bereits ausreichen kann. In diesem Sinne ist eine verbreitete Auffassung darum bemüht, den ausgeweiteten Anwendungsbereich des § 133 Abs. 1 InsO durch ein zusätzliches wertendes Kriterium wieder einzugrenzen, indem ein über den bloßen Benachteiligungsvorsatz hinausgehender »unbilliger« Umstand gefordert wird. Denn betont der BGH seit der Insolvenzrechtsreform, dass bereits jede Vorsatzform des Schuldners ausreiche, wird hierdurch nicht nur die Perspektive des Anfechtungsgegners vernachlässigt, sondern auch die Schutzwürdigkeit des Schuldners selbst. Denn aufgrund der Weite des Vorsatzbegriffes genügt bei einer unbefangenen Anwendung des § 133 Abs. 1 InsO bereits das Vorliegen eines bloßen *dolus eventualis*, damit der Schuldner eine Rechtshandlung nicht mehr anfechtungsfest vornehmen kann.

Während deshalb einige Stimmen bereits die vom BGH vollzogene Abkehr vom Unlauterkeitserfordernis kritisieren,<sup>430</sup> wollen andere die Vorsatzanfechtung auf Fälle »sozial inadäquater« Vermögensverschiebungen teleologisch reduzieren.<sup>431</sup> Gemein ist diesen Ansätzen allerdings, dass sie kaum subsumtionsfähige Kriterien aufstellen,<sup>432</sup> während sie sich aufgrund des ohnehin schon bestehenden Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners, durch das Hinzutreten eines irgendwie unbilligen Umstandes wieder der Sphäre der Sittenwidrigkeit deutlich nähern. Auch insofern bestehen daher Abgrenzungsschwierigkeiten mit den §§ 138, 826 BGB, bei denen das Verhältnis zur Vorsatzanfechtung im Unklaren bleibt.<sup>433</sup>

---

<sup>429</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)dd), Seite 20.

<sup>430</sup> Foerste, ZInsO 2013, 897, 899; ders., NZI 2006, 6, 8; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 35 Rn. 63; Vgl. auch Huber, ZIP 2007, 501, 509; Jacoby, KTS 2005, 371, 398; Jensen, NZI 2011, 798, 801.

<sup>431</sup> Bork, ZIP 2008, 1041, 1046; ders., ZIP 2014, 797, 807; Kübler/Prütting/Bork/ders., InsO, § 133 Rn. 2; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 42. Befürwortend auch noch Thole, ZZZ 121 (2008), 67, 76, letztlich ablehnend aber wiederum ders., ZIP 2013, 2081, 2086.

<sup>432</sup> Vgl. die Kritik von Kirchhof, FS Fischer (2008), 285, 291. Zum Erfordernis der »Unlauterkeit« ebenso Thole, ZIP 2013, 2081, 2085.

<sup>433</sup> So auch Kayser, NJW 2014, 422, 425; Kirchhof, FS Fischer (2008), 285, 290; Fischer, NZI 2008, 588, 592; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.07. Auf die Problematik hinweisend aber auch Bork, aaO.

Stattdessen würde es für eine wertende Einschränkung der Anfechtbarkeit nach hier vertretener Auffassung abermals nahe liegen, bei der Lösungsfindung bereits am Begriff der Rechtshandlung anzusetzen. Insofern ist schon angeklungen, dass es aufgrund des Verständnisses der Rechtshandlung als Zurechnungsproblematik möglich wäre, anhand des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts generell unbedenkliche Vermögensvorgänge mangels eines relevanten Risikos schon innerhalb der §§ 129 InsO, 1 AnfG von einer Anfechtung auszuschließen.<sup>434</sup> Dabei wäre aber nicht etwa danach zu fragen, ob die Handlung des Schuldners »unlauter« oder »sozial inadäquat« ist, sondern danach, ob die Gläubiger am Ausbleiben dieser Handlung bereits von vornherein kein schützenswertes Interesse haben. Könnte es insofern schon an einer anfechtbaren Rechtshandlung fehlen, würde zugleich insbesondere die Vorsatzanfechtung von korrigierenden Erwägungen erheblich entlastet.

#### **ff) Flexible beweisrechtliche Lösung?**

Demgegenüber versucht der BGH eine Feinsteuerung der Vorsatzanfechtung allein über die beweisrechtliche Feststellung des Schuldnervorsatzes zu lösen, was indessen nicht gelingen kann, ohne mit der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffes zu brechen.<sup>435</sup> Will man interessengerechte Ergebnisse allein über die Feststellung des Schuldnervorsatzes erreichen, müssen in diesem Rahmen vielmehr sowohl die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners als auch jene des Schuldners irgendwie noch Einzug erhalten.<sup>436</sup> Insofern ist hinsichtlich § 133 Abs. 1 InsO zu beobachten, dass der von der Rechtsprechung geforderte Nachweis des Vorsatzes nicht rein tatsachengeleitet ist, sondern in der Sache durch wertende Betrachtungen oftmals korrigiert wird.<sup>437</sup> Zugleich wird der Vorsatzbegriff in seiner eigentlichen Bedeutung allerdings entkernt, so dass er letztlich als bloße Hülse für vorsatzfremde Erwägungen zweckentfremdet werden kann.

#### **(1) »Unbedenklicher Wille« bei Sanierungsbemühungen?**

In diesem Sinne wird vom BGH zugunsten des Schuldners eine Einschränkung der Vorsatzanfechtung insbesondere durch die Wendung ermöglicht, dass der Schuldner im Einzelfall von einem »anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen« geleitet sein könne, so dass das Bewusstsein einer Gläubigerbenachteiligung »in den Hintergrund« trete und es an einem Benachteiligungsvorsatz fehle.<sup>438</sup> Dies soll insbesondere hinsichtlich solcher Rechtshandlungen in Betracht kommen, die der insolvenzbedrohte Schuldner im Rahmen eines ernsthaften, letztlich allerdings fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs vornehme.<sup>439</sup> Dabei sei es insbesondere unschädlich, wenn der Schuldner nicht die subjektive Überzeugung besäße, dass die Sanierung am Ende auch Erfolg haben wird.<sup>440</sup>

Tatsächlich lässt sich diese Argumentation aber mit der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffs nur schwer vereinbaren. Denn wenn für die Vorsatzanfechtung ein bloß bedingter Benachteiligungsvorsatz eigentlich schon ausreicht,<sup>441</sup> wendet *Jacoby* zu Recht ein, dass dieser bei Sanierungsbemühungen erst dann nicht mehr vorliegt, wenn der Schuldner auch sub-

<sup>434</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.1)d)dd), Seite 21.

<sup>435</sup> Treffend *Thole*, Gläubigerschutz, S. 495. Vgl. ebenso *Jacoby*, KTS 2009, 3, 15 f.; *ders.* KTS 2005, 371, 397 f.

<sup>436</sup> In diesem Sinne insbesondere *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 603, der meint, die Interessen des Anfechtungsgegners müssten »bereits bei der Interpretation des Merkmals des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners berücksichtigt werden«. Im Ergebnis ebenso *Foerste*, NZI 2006, 6, 7.

<sup>437</sup> Siehe *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 605; *Thole*, ZIP 2013, 2081, 2085.

<sup>438</sup> BGH, NZI 2012, 142 Rn. 11; NZI 2004, 376, 378; NJW-RR 1993, 238, 241. Vgl. auch *Kayser*, NJW 2014, 422 ff.; *Fischer*, NZI 2008, 588, 593.

<sup>439</sup> BGH, NJW 2014, 1963 Rn. 40; NZI 2012, 142 Rn. 11; NZI 2004, 376, 378.

<sup>440</sup> BGH, NJW-RR 1993, 238, 241; explizit auch *Kayser*, aaO; *Fischer*, aaO.

<sup>441</sup> BGH, NJW 2003, 3347, 3349.

ektiv darauf vertraute, dass die Sanierung gelingen wird.<sup>442</sup> Während dies vom BGH gerade nicht gefordert wird, stellt er stattdessen darauf ab, ob der Schuldner ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept verfolgt, welches die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.<sup>443</sup> Damit wird die subjektive Frage des Vorsatzes letztlich jedoch zu einem nicht geringen Teil verobjektiviert.

Demgegenüber sind nach der hier vertretenen Auffassung solche Abweichungen von der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffs nicht erforderlich. Denn objektiv aussichtsreiche Sanierungsversuche berühren als Rettungsmaßnahmen einerseits bereits die existentiellen Belange des Schuldners, während sie andererseits im Falle ihres Gelingens für die Gläubiger die Chance auf eine erhöhte Befriedigungsaussicht begründen.<sup>444</sup> Gerade im letzteren Sinne stehen sie dem Schutzzweck des Anfechtungsrechts jedoch nicht entgegen, sondern sie entsprechen diesem sogar. Wenn der BGH deshalb vollkommen zu Recht davon ausgeht, dass der Wille des Schuldners zu Sanierungsbemühungen »anfechtungsrechtlich unbedenklich« sein kann, stellen solche Sanierungsversuche jedoch ein Paradebeispiel für das Fehlen eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos dar, so dass es nach der hier vertretenen Konzeption nicht erst am Schuldnervorsatz, sondern mangels eines relevanten Risikos bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung fehlt.

## **(2) Privilegierung von Lohnzahlungen?**

Ähnlich gestaltet sich die Interessenlage bei solchen Geschäften, welche lediglich die Grundlage dafür sichern, dass der Betrieb des Schuldners fortgeführt werden kann. Darunter fallen insbesondere Lohnzahlungen an die Arbeitnehmer, weil ohne deren Tätigkeit der Betrieb zum Stillstand käme und daher schließen müsste.<sup>445</sup> Darüber hinaus sind bei Lohnzahlungen allerdings auch die existentiellen Belange der Arbeitnehmer berührt, weil diese den Lohn in aller Regel für ihren Lebensunterhalt benötigen. Der vom BGH favorisierte Ansatz, allseits interessengerechte Ergebnissen allein über die Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners herzuleiten, wird deshalb bei Lohnzahlungen besonders auf die Probe gestellt und nötigt ebenfalls zu Inkonsequenzen. Es nimmt daher kaum Wunder, dass im Ringen um eine angemessene Lösung in jüngster Zeit ein offener Streit zwischen dem BGH und dem BAG entbrannt ist.

### **(a) »Fehlendes Bewusstsein« bei Unentbehrlichkeit zur Betriebsfortführung?**

So wird vom BGH im Sinne eines Beweisanzeichens davon ausgegangen, dass dem Schuldner im Falle einer »bargeschäftsähnlichen Lage«, die Benachteiligung seiner Gläubiger »nicht bewusst« geworden sei.<sup>446</sup> Darum handle der Schuldner in der Regel nicht mit einem Benachteiligungsvorsatz, wenn er seine Leistung – wie dies bei Lohnzahlungen der Fall sei – gegen eine »zur Fortführung seines eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung« erbracht habe, welche den Gläubigern »im Allgemeinen nutzt«.<sup>447</sup>

Tatsächlich kann diese Argumentation allerdings nicht überzeugen. Denn einerseits ist nicht zu verkennen, dass der BGH dem unternehmerisch tätigen Schuldner hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung eine gewisse Blauäugigkeit unterstellt, wenn er insofern nichtmals einen

---

<sup>442</sup> *Jacoby*, KTS 2009, 3, 16.

<sup>443</sup> BGH, NZI 2012, 142 Rn. 11; NZI 2009, 171 Rn. 72; NJW-RR 1993, 238, 241.

<sup>444</sup> Vgl. allgemein nur *Uhlenbruck/Lüer/Streit*, InsO, § 217 Rn. 4, wonach die Sanierung eine Möglichkeit darstellt, »den Gläubigerinteressen bestmöglich gerecht zu werden«.

<sup>445</sup> In diesem Sinne BAG, NZI 2014, 372 Rn. 59; BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 44.

<sup>446</sup> BGH, NJW 2015, 1756 Rn. 22; NJW 2014, 2956 Rn. 29; NJW 2014, 2579 Rn. 44; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 142.

<sup>447</sup> So BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 44. Vgl. für andere Konstellationen ebenso NJW 2015, 1756 Rn. 22; NJW 2014, 2956 Rn. 29; NZI 2009, 723 Rn. 2; NJW 1997, 3028, 3029; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 145.

dolus eventualis in Betracht zieht. Andererseits ist es bereits im Ansatz inkonsequent, zur impliziten Begründung dieser Gutgläubigkeit des Schuldners darauf abzustellen, dass die Arbeitsleistung den Gläubigern »im Allgemeinen nutzt«. Denn es ist zwar richtig, dass die Arbeitsleistung für die Haftungsmasse den allgemeinen Vorteil besitzt, dass die Grundvoraussetzung für ein Fortbestehen des »Betriebs als funktionale Einheit«<sup>448</sup> gesichert ist und somit ein Weiterwirtschaften erst möglich wird. Die Hoffnung auf ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung kann dies jedoch von vornherein nicht rechtfertigen, da diesbezüglich ein allgemeiner Vorteilsausgleich gerade nicht stattfindet.<sup>449</sup>

Dem entspricht es, dass der BGH in einer anderen Konstellation hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung noch vollkommen zu Recht ausgeführt hat, dass diese Kenntnis durch die gewährleistete Betriebsfortführung nicht berührt werde, weil die Gläubigerbenachteiligung »isoliert« mit Bezug auf die konkret angefochtene Rechtshandlung zu beurteilen sei.<sup>450</sup> Eben diese Einzelbetrachtung müsste aber auch bei Lohnzahlungen einem »fehlenden Bewusstsein« der Nachteile entgegenstehen.

**(b) »Verfassungskonforme Auslegung« zum Schutz des Existenzminimums?**

Das BAG verfolgt zur Privilegierung von Lohnzahlungen als alternativem Begründungsansatz denn auch eine viel grundsätzlichere Lösung. So ist das BAG der Auffassung, dass die Anfechtung von Lohnzahlungen nach den §§ 129 ff. InsO zum Schutz des Existenzminimums des Arbeitnehmers einer »verfassungskonformen Auslegung« bedürfe.<sup>451</sup> In der Folge zieht es das BAG einerseits in Betracht, die Vorsatzanfechtung nach § 850c ZPO auf den pfändungsfreien Lohn einzugrenzen,<sup>452</sup> während es andererseits außerhalb der Vorsatzanfechtung den Bargeschäftseinwand nach § 142 InsO fruchtbar machen und für Lohnzahlungen zeitlich möglichst weit anwenden will.<sup>453</sup> Einer solchen Bevorzugung von Arbeitnehmern sind der BGH sowie die herrschende Meinung in der Literatur allerdings ganz entschieden entgegengetreten, weil sie den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung als »Magna carta des Insolvenzrechts« missachte.<sup>454</sup> In diesem Sinne sei es ein »Gerechtigkeitsgebot«, dass über die Insolvenzanfechtung auch die Arbeitnehmer als Gläubiger am Ausfallrisiko teilhätten,<sup>455</sup> während der Ausgleich unzumutbarer Härten nicht die Aufgabe der Gläubigergemeinschaft, sondern die des Staates sei.<sup>456</sup>

Diese auf der *par conditio creditorum* fußende Kritik an der Rechtsprechung des BAG, kann nach hier vertretener Auffassung freilich nicht überzeugen, weil der Gläubigergleichbehandlung eine normative Bedeutung für die Insolvenzanfechtung wie gesehen schon von vornherein nicht zukommt.<sup>457</sup> Stattdessen verdeutlicht sie nur die Widersprüchlichkeit der herrschenden Meinung, wenn sie hinsichtlich der Gleichbehandlung einerseits von einem »Gerechtigkeitsgebot« spricht, andererseits aber einräumt, dass dieses Gebot bei einem Arbeit-

<sup>448</sup> BAG, NZI 2014, 372 Rn. 59.

<sup>449</sup> Siehe bereits unter B.I.2)a)cc), Seite 25. Vgl. auch schon unter B.I.2)b)aa)(2)(b)(bb), Seite 33.

<sup>450</sup> BGH, NZI 2009, 847 Rn. 17; ebenso Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 78.

<sup>451</sup> BAG, NZI 2014, 372 Rn. 25 und 44.

<sup>452</sup> BAG, NZI 2014, 372 Rn. 44.

<sup>453</sup> BAG, NZI 2011, 981 Rn. 16 ff. Vgl. gegen den Bargeschäftseinwand bei Lohnzahlungen jedoch bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(b)(bb), Seite 33, und siehe im Näheren noch unter B.IV.2)f)gg), Seite 126.

<sup>454</sup> BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 25; *Huber*, ZInsO 2013, 1049, 1054; in diesem Sinne auch *Lütcke*, NZI 2014, 350, 351; *Plathner/Sajogo*, ZInsO 2012, 581, 584. Vgl. ebenso *Brinkmann*, ZZP 125 (2012), 197, 215.

<sup>455</sup> BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 26; *Ries*, ZInsO 2007, 1037.

<sup>456</sup> BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 29; *Jacobs/Doebert*, ZInsO 2012, 618, 627; vgl. auch *Huber*, aaO; *Plathner/Sajogo*, aaO. Ebenso *Brinkmann*, ZZP 125 (2012), 197, 215, der zum Schutz der Arbeitnehmer eine Ausdehnung des Insolvenzgeldes befürwortet.

<sup>457</sup> Siehe bereits unter B.II.3), Seite 56.

nehmer zu »unzumutbaren Härten« führen könne. Inwiefern die Gleichbehandlung dann noch „gerecht“ sein soll, leuchtet nicht ein. Vielmehr hat das BAG überzeugend ausgeführt, dass sich der Arbeitnehmer gegenüber den übrigen Gläubigern des Unternehmens in einer ungleich schwächeren Position befindet, weil er – anders als die Lieferanten und die Geschäftspartner des Schuldners – keine adäquaten Mittel besitzt, dem Anfechtungsrisiko vorzubeugen.<sup>458</sup> Ihn dennoch mit den übrigen Gläubigern gleich zu behandeln, ist gerade nicht gerecht.

Gleichwohl ist der herrschenden Meinung in ihrer Kritik an der Rechtsprechung des BAG insoweit zuzustimmen, als dass der Gesetzgeber mit der Einführung der InsO eine Bevorzugung des Arbeitnehmers bewusst abgeschafft und durch einen Anspruch auf Insolvenzgeld ersetzt hat, so dass eine unmittelbar anhand der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers begründete Privilegierung die Grenzen einer zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung wohl überschreitet.<sup>459</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Lösung deshalb nur über die Verneinung des Schuldnervorsatzes möglich wäre. Vielmehr gilt es ebenso zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber der InsO die Möglichkeit zur Gläubigerbefriedigung mittels einer Betriebsfortführung des Schuldnerunternehmens fest im Blick hatte.<sup>460</sup> Zumindest soweit diese Möglichkeit durch die Lohnzahlung für die Gläubiger gesichert wird, ist es daher nach hiesiger Ansicht abermals bedenkenswert, die Anfechtbarkeit schon aufgrund einer fehlenden Rechtshandlung auszuschließen. Denn *Birnbreier* hat zu Recht angemerkt, dass »das Vertrauen der Arbeitnehmer auf eine rechtsbeständige Bezahlung mittelbar auch im Interesse der Gläubigergemeinschaft liegt«. <sup>461</sup> Daran anknüpfend könnte ein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko abgelehnt werden.

### (3) »Beweisanzeichen« bei kongruenten oder inkongruenten Deckungen?

Demgegenüber ist im Rahmen der Vorsatzanfechtung von Forderungsdeckungen auch außerhalb von Lohnzahlungen zu beobachten, dass der BGH versucht, zu einem angemessenen Interessenausgleich allein über der Feststellung des Schuldnervorsatzes zu gelangen. Dabei wird die Anfechtung von Deckungshandlungen in erster Linie von den §§ 130, 131 InsO adressiert, welche allerdings relativ kurzen Fristen unterliegen. Sind diese Fristen verstrichen, stellt sich deshalb häufig die Frage nach der Möglichkeit einer alternativen Vorsatzanfechtung, welche in der Sache die Deckungsanfechtung der §§ 130, 131 InsO über deren Grenzen hinaus erweitert.<sup>462</sup> Dem entspricht es, dass vom BGH insbesondere die in den §§ 130, 131 InsO getroffene Differenzierung zwischen einer kongruenten und inkongruenten Deckung auch im Rahmen der Vorsatzanfechtung herangezogen wird.

Fordert § 130 InsO für die Anfechtung kongruenter Deckungen eine Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, während diese bei inkongruenten Deckungen gemäß § 131 InsO nicht erforderlich ist, wird in den strengeren Anforderungen des § 130 InsO eine gewisse Schutzwürdigkeit des Gläubigers erkannt.<sup>463</sup> Hinsichtlich der Vorsatzanfechtung

---

<sup>458</sup> BAG, NZI 2014, 372 Rn. 38 ff.

<sup>459</sup> Dies dem BAG zumindest vorwerfend BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 24; vgl. auch *Huber*, ZInsO 2013, 1049, 1054, der einen Widerspruch gegen den Willen des Gesetzgebers konstatiert. Ebenso *Brinkmann*, ZZP 125 (2012), 197, 212.

<sup>460</sup> Nach *Prütting*, in: *Kölner Schrift* (2. Aufl.), S. 221 Rn. 60, handelt es sich bei der Sanierung um ein »gleichrangiges Verfahrensziel«. Vgl. auch *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 366.

<sup>461</sup> *Birnbreier*, GWR 2012, 22. Vgl. zu den Vorzügen auch *Brinkmann*, ZZP 125 (2012), 197, 213.

<sup>462</sup> *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600. Siehe auch *Jensen*, NZI 2011, 798, 801, der eine solche Ausweitung jedoch generell ablehnt und eine Unanwendbarkeit der Vorsatzanfechtung auf die bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger annimmt.

<sup>463</sup> *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600, 605; *Braun/de Bra*, InsO, § 131 Rn. 2; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 131 Rn. 7. Vgl. auch *Foerste*, ZInsO 2013, 897, 900; *ders.* NZI 2006, 6, 10, der bei kongruenten Deckungen aufgrund einer »abschließenden Regelung« durch die Deckungsanfechtung sogar von einer grundsätzlichen Unanwendbarkeit der Vorsatzanfechtung ausgeht.

tung ist in der Rechtsprechung entsprechend zu beobachten, dass bei kongruenten Deckungen die Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners zugunsten des befriedigten Gläubigers einer restriktiven Handhabung unterliegen soll. So will der BGH von der tatsächlichen Vermutung ausgehen, dass der Schuldner bei einer kongruenten Deckung regelmäßig »nur seine Verbindlichkeiten begleichen«<sup>464</sup> wolle, weshalb an die Darlegung und den Beweis seines Benachteiligungsvorsatzes laut BGH »erhöhte Anforderungen« zu stellen seien.<sup>465</sup>

Allerdings lässt sich auch diese Argumentation mit der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffs nur schwer vereinbaren, weil der BGH hier den Vorsatz des Schuldners mit dessen Motiv verwechselt.<sup>466</sup> Das Motiv des Schuldners trifft jedoch hinsichtlich eines Wissens um die Gläubigerbenachteiligung als *dolus directus* zweiten Grades noch keine Aussage.<sup>467</sup> Vielmehr folgt die Prüfung des Schuldnervorsatzes offenbar einem außerhalb des Vorsatzbegriffes vorgezeichnetem Ergebnis.

Bei inkongruenten Deckungen ist unter umgekehrten Vorzeichen dieselbe vorsatzfremde Herangehensweise zu beobachten. Denn weil inkongruente Deckungen gemäß § 131 InsO im Verhältnis zu § 130 InsO einer vereinfachten Anfechtung unterliegen, hält die Rechtsprechung es für geboten, im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO zulasten des befriedigten Gläubigers bei der Vorsatzprüfung leichtere Maßstäbe anzulegen. Insofern wird der Inkongruenz der Deckung eine »besondere Verdächtigkeit« zugesprochen und diese sogar als »erhebliches Beweisanzeichen« mit Indizienwirkung für einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners herangezogen,<sup>468</sup> obwohl beliebig viele andere Gründe denkbar sind, warum eine Deckung nicht in der Art erfolgte, in der sie der Gläubiger zu beanspruchen hatte.<sup>469</sup>

Der BGH hat dies zwar erkannt und möchte deshalb für die Stärke des Beweisanzeichens je nach »Art und Ausmaß der Inkongruenz« unterscheiden.<sup>470</sup> Entfernt sich die Vorsatzprüfung im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO jedoch insgesamt von der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffs, sind die Kriterien für eine solche Unterscheidung unklar und wird die Lösungsfindung auf eine Würdigung im jeweiligen Einzelfall geschoben.<sup>471</sup> Einher geht freilich eine beträchtliche Rechtsunsicherheit, welche angesichts der Zehnjahresfrist der Vorsatzanfechtung ganz erheblich ins Gewicht fällt.

### gg) **Zwischenfazit**

Hinsichtlich der praktischen Anwendung der Vorsatzanfechtung kann festgehalten werden, dass die herrschende Meinung daran scheitert, auf einem dogmatisch stringenten Wege zu vorhersehbaren Ergebnissen zu gelangen. Insofern hat sich bestätigt, dass die vermeintliche Wertung eines Fehlverhaltens des Schuldners für die Lösungsfindung tatsächlich keine Orientierung bietet. Insbesondere in Abhängigkeit von der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgeg-

<sup>464</sup> BGH, NJW-RR 2007, 1537 Rn. 19; NJW-RR 2004, 342, 343; NZI 2005, 692.

<sup>465</sup> BGH, NZI 2008, 231 Rn. 19; NJW-RR 2007, 1537 Rn. 19; NZI 2005, 692, 693.

<sup>466</sup> Vgl. insofern auch *Jensen*, NZI 2013, 471, 475.

<sup>467</sup> Richtig *Thole*, ZIP 2013, 2081, 2085; *Jacoby*, KTS 2005, 371, 398.

<sup>468</sup> BGH, NZI 2012, 142 Rn. 10; NJW 2004, 1385, 1387; NJW 1999, 3046, 3047; NZI 1999, 152, 153; Vgl. auch *Kayser*, NJW 2014, 422, 425; *Kirchhof*, FS Fischer (2008), 285, 295.

<sup>469</sup> Zu Recht auf die drohende Beliebigkeit hinweisend *Thole*, Gläubigerschutz, S. 505. Kritisch ebenfalls *Henckel*, in: *Kölner Schrift*, S. 813 Rn. 50; *Foerste*, ZInsO 2013, 897, 901; *Jacoby*, KTS 2009, 3, 16; *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 425.

<sup>470</sup> BGH, NJW 2004, 1385, 1387; *MüKo/Kayser*, InsO, § 133 Rn. 31b; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 105.

<sup>471</sup> So BGH, NJW-RR 2010, 1428 Rn. 18, wonach eine »Gesamtwürdigung« im jeweiligen Einzelfall erforderlich sei und der Beweiswert der Inkongruenz »nicht schematisch« angewandt werden dürfe. Siehe zur Inkongruenz einer Deckung auch noch unter B.IV.2)d)cc), ab Seite 109.



ners unterliegt der Tatbestand stattdessen den unterschiedlichsten Korrekturbestrebungen, indem je nach Fallkonstellation für die Anwendung der Vorsatzanfechtung entweder stärkere oder schwächere Voraussetzungen verlangt werden. Zwar können die dafür maßgeblichen Erwägungen im Ergebnis meist nicht von der Hand gewiesen werden. Wenn der BGH jedoch versucht, eine Lösung allein über die Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners zu begründen, muss er dafür notwendigerweise mit der Dogmatik des Vorsatzbegriffes brechen. In der Folge lässt die Handhabung des Vorsatzbegriffes eine innere Konsequenz allerdings vermissen, so dass für den Rechtsverkehr wiederum eine beträchtliche Rechtsunsicherheit entsteht.

Dieser Unsicherheit kann nur begegnet werden, wenn der Vorsatzbegriff von der Aufgabe einer Lösungsfindung entlastet wird. In diesem Sinne konnte bereits herausgestrichen werden, dass eine mögliche Alternative nach hier vertretener Auffassung im Begriff der Rechtshandlung liegt, wenn dieser als spezifisch anfechtungsrechtliche Zurechnungsproblematik verstanden wird. Denn unter Zurechnungsgesichtspunkten könnte innerhalb der Rechtshandlung unmittelbar auf schutzzweckgeleitete Erwägungen zurückgegriffen werden, so dass »anfechtungsrechtlich unbedenkliche« Vermögensverschiebungen auch ohne eine Korrektur des Vorsatzbegriffes unanfechtbar wären. Wenn die traditionelle Auffassung demgegenüber für die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung stets den einzelnen Tatbestand in den Mittelpunkt rückt, bestehen beträchtliche Unsicherheiten jedoch nicht nur bei der Anwendung Vorsatzanfechtung, sondern ebenso im Rahmen des § 134 InsO. Diesem Tatbestand soll sich daher folgend gewidmet werden.

## b) Schenkungsanfechtung

Nach § 134 InsO, welcher üblicherweise als »Schenkungsanfechtung«<sup>472</sup> bezeichnet wird und in § 4 AnfG seine Entsprechung findet, unterliegen unentgeltliche Leistungen des Schuldners einer Anfechtbarkeit, soweit es sich nicht um ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Wertes handelt. Während im Übrigen für eine Schenkungsanfechtung keine weiteren Voraussetzungen bestehen, beträgt ihre Anfechtungsfrist immerhin vier Jahre, so dass auch sie wie die Vorsatzanfechtung in der Rechtspraxis eine wichtige Reservefunktion erlangen kann, falls die wesentlich kürzeren Fristen der besonderen Insolvenzanfechtung verstrichen sind. Der konkrete Anwendungsbereich der Schenkungsanfechtung ist im Rechtsdiskurs allerdings stark umstritten.

### aa) Die »Unentgeltlichkeit« als Zentralbegriff

Der Zentralbegriff der Schenkungsanfechtung ist die »Unentgeltlichkeit« der Leistung,<sup>473</sup> so dass die Einschlägigkeit des § 134 InsO von der Auslegung dieses Begriffs maßgeblich abhängt. Doch wann ist eine Leistung unentgeltlich? Aufgrund der traditionellen Vorstellung, dass es sich bei den Anfechtungstatbeständen um jeweils für sich stehende Anfechtungsgründe handle, fehlt es an einem tatbestandsübergreifenden Gesamtkonzept, das zur Konkretisierung des Begriffs der Unentgeltlichkeit herangezogen werden könnte. Zwar geht die herrschende Meinung davon aus, dass es sich bei der Schenkungsanfechtung um eine Ausprägung der allgemeinen Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs handle.<sup>474</sup> Wann ein solch unentgeltlicher Erwerb vorliegt, ist damit allerdings noch nicht geklärt. Vielmehr weist *Ganter* zu Recht darauf hin, dass der Rechtsgedanke der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs zur Bestimmung der Unentgeltlichkeit ohne Zirkelschluss nicht herangezogen werden kann.<sup>475</sup> Stattdessen bedürfte es für die Begriffsauslegung eines äußeren, das heißt tatbestandsunabhängigen Orientierungspunktes, ohne welchen jedoch letztlich jedes Auslegungsergebnis denkbar wird.

Es wundert daher nicht, dass es tatsächlich hoch streitig ist, wann eine anfechtungsrechtliche Unentgeltlichkeit im Sinne des § 134 InsO vorliegen soll. Anerkannt ist allenfalls, dass der Begriff der Unentgeltlichkeit zumindest im objektiven Sinne voraussetzt, dass für die Leistung des Schuldners keine gleichwertige Gegenleistung erbracht wurde.<sup>476</sup> Nicht geklärt ist hingegen, ob und inwieweit dieses objektive Fehlen einer ausgleichenden Gegenleistung von den Beteiligten auch subjektiv erkannt und gewollt sein muss; insbesondere, ob die Unentgeltlichkeit eine entsprechende Parteivereinbarung respektive ein entsprechendes Kausalverhältnis voraussetzt.

### bb) Maßgeblichkeit der Parteivereinbarung?

Die insoweit engste Ansicht legt den Begriff der Unentgeltlichkeit gemäß § 134 InsO in einer weitgehenden Parallele zum zivilrechtlichen Schenkungsbegriff gemäß § 516 Abs. 1 BGB aus,<sup>477</sup> welcher für eine Schenkung explizit fordert, dass »beide Teile darüber einig sind, dass

<sup>472</sup> Tatsächlich ist diese Bezeichnung jedoch zu eng, vgl. nur die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 160 f.

<sup>473</sup> *Ganter*, NZI 2015, 249; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 441. Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.88.

<sup>474</sup> *Braun/de Bra*, InsO, § 134 Rn. 1; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 134 Rn. 2; *MüKo/Kayser*, InsO, § 134 Rn. 1; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 134 Rn. 2; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 2. Vgl. auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 161. Anders hingegen *Thole*, Gläubigerschutz, S. 439, der § 134 InsO als Tatbestand der »schuldnerische[n] Haftungsvermeidung« ansieht. Siehe zur Kritik an der Schuldnerperspektive aber bereits unter B.III.3)b)bb), ab Seite 78 ff.

<sup>475</sup> *Ganter*, NZI 2015, 249, 255.

<sup>476</sup> BGH, NZI 2011, 107 Rn. 10; *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 134 Rn. 4; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 134 Rn. 10; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 134 Rn. 10; *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.90.

<sup>477</sup> Eine ausdrückliche Parallele zieht *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 399 f. und 433 ff.

die Zuwendung unentgeltlich erfolgt«. So wird insbesondere von *Henckel* vertreten, dass § 134 InsO die subjektive Voraussetzung beinhalte, dass die beteiligten Parteien ein »Bewusstsein der Unentgeltlichkeit« besitzen, wohingegen »keine unentgeltliche Leistung [vorliege], wenn nur der Schuldner die Leistung als unentgeltliche wollte«. <sup>478</sup>

Während danach also im Ergebnis wie im zivilrechtlichen Schenkungsrecht sowohl das beiderseitige Erkennen als auch das Wollen der Unentgeltlichkeit erforderlich wäre, <sup>479</sup> wird überwiegend zwar wiederum in Abgrenzung zu § 516 BGB betont, dass eine Einigung über die Unentgeltlichkeit für § 134 InsO entbehrlich sei. <sup>480</sup> Nach einer verbreiteten Literatursicht soll für die Ermittlung der Unentgeltlichkeit allerdings gleichwohl von der subjektiven Vereinbarung der Parteien im Kausalverhältnis ausgegangen werden. <sup>481</sup> So fordert etwa *Häsemeyer* zumindest eine »übereinstimmende Zwecksetzung« der Beteiligten, da sich nur mit deren Hilfe entscheiden lasse, mit welchem Gegenwert die Leistung des Schuldners ausgeglichen werden soll, <sup>482</sup> während auch die hierbei bestehende Unentgeltlichkeit gerade nach der subjektiven »Wertfestsetzung der Beteiligten« zu bestimmen sei, weil eine »subjektive Äquivalenzbestimmung« nur nach § 132 InsO außer Kraft gesetzt werden könne. <sup>483</sup>

Schließlich wird von einigen Stimmen angeführt, dass es einem angemessenen Schutz des Empfängers entspreche, für die Bestimmung der Unentgeltlichkeit auf die Vereinbarung im Kausalverhältnis abzustellen. <sup>484</sup>

### cc) Maßgeblichkeit des objektiven Sachverhalts?

Hingegen geht der BGH einen anderen Weg, indem er sich für die Bestimmung der Unentgeltlichkeit von den subjektiven Vorstellungen der Beteiligten zumindest insoweit löst, als er vorrangig den objektiven Sachverhalt als maßgeblich ansieht. <sup>485</sup> Danach sei der Begriff der Unentgeltlichkeit anfechtungsspezifisch und damit insbesondere in einem weiteren Sinne zu verstehen als im Rahmen des § 516 BGB. <sup>486</sup> Denn nach dem BGH erfordere der anfechtungsrechtliche Begriff der Unentgeltlichkeit zum Schutz der Gläubiger eine »weitgehende Ausdeutung«, so dass er eine Einigung über die Freigebigkeit nicht voraussetze. <sup>487</sup> Fehle es an einem objektiv gleichwertigen Leistungsaustausch, sei die Parteiauffassung vielmehr lediglich im Rahmen eines »angemessenen Bewertungsspielraums« von Bedeutung. <sup>488</sup>

Dieser Bewertungsspielraum soll freilich auch überschritten werden können. Denn selbst wenn die Parteien eine Freigebigkeit subjektiv nicht gewollt haben, soll die Leistung laut BGH gleichwohl noch als unentgeltlich anfechtbar sein, wenn die in der Parteivereinbarung

---

<sup>478</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 134 Rn. 20; *ders.*, *Henckel*, ZIP 1990, 137, 139. Vgl. ebenso *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit, S. 439 f.

<sup>479</sup> So auch der Schluss von *Thole*, Gläubigerschutz, S. 444 f.

<sup>480</sup> BGH, NJW 1991, 1610, 1611; MüKo/*Kayser*, InsO, § 134 Rn. 17; Nerlich/Römermann/*Nerlich*, InsO, § 134 Rn. 7; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 33; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.90; *Ganter*, NZI 2015, 249.

<sup>481</sup> *Ganter*, NZI 2015, 249, 254 und 258; *Häsemeyer*, ZIP 1994, 418, 422; *Prütting*, KTS 2005, 253, 256.

<sup>482</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.90. Zustimmend *Prütting*, aaO.

<sup>483</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.93. Vgl. auch *ders.*, ZIP 1994, 418, 422.

<sup>484</sup> In diesem Sinne *M. Fischer*, Unentgeltlichkeit S. 440; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 188; *Henckel*, ZIP 1990, 137, 139. Die Perspektive des Empfängers betonend auch *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 62 f.; differenzierend hingegen *Ganter*, NZI 2015, 249, 257.

<sup>485</sup> BGH, NZI 2011, 107 Rn. 10 und 13; NZI 2007, 101 Rn. 15; NZI 2004, 376, 378. Ebenso MüKo/*Kayser*, InsO, § 134 Rn. 22; Nerlich/Römermann/*Nerlich*, InsO, § 134 Rn. 13; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 34. Siehe jedoch zur widersprüchlichen Entwicklung der Rechtsprechung *Ganter*, NZI 2015, 249, 250 ff.

<sup>486</sup> BGH, NJW 1991, 1610, 1611; NJW-RR 1993, 1379, 1381. Ebenso MüKo/*Kayser*, InsO, § 134 Rn. 17; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 33.

<sup>487</sup> BGH, NJW 1991, 560, 561; NJW-RR 1993, 1379, 1381; NZI 2004, 376, 378; NZI 2011, 107 Rn. 10.

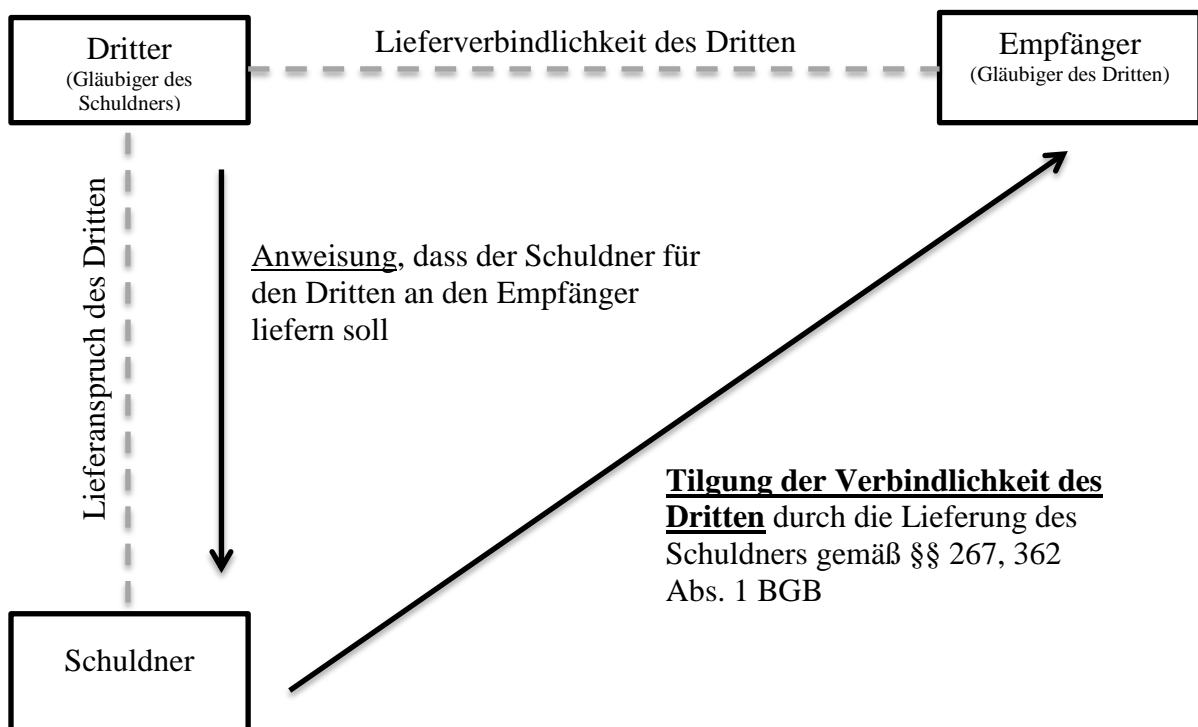
<sup>488</sup> BGH, NZI 2004, 376, 378; NJW 1978, 1326, 1327; NJW 1972, 48, 49; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, aaO.

wechselseitig zugewiesenen Vermögensgegenstände objektiv in einem »groben Missverhältnis« zueinander stünden.<sup>489</sup> In der Folge könne aus dem subjektiv gleichwertigen Leistungsaustausch anfechtungsrechtlich eine gemischte Schenkung werden.<sup>490</sup> Im Ergebnis behält sich der BGH also eine wertende Kontrolle der Parteivereinbarung vor.<sup>491</sup> Damit verlagert er die Anwendbarkeit des § 134 InsO jedoch wieder auf eine unscharfe Einzelfallabwägung, welche keinen klaren Leitfaden für die Lösungsfindung bietet.

**dd) »Direktanfechtung« bei Tilgung der Verbindlichkeit eines insolvenzreifen Dritten?**

Indessen will der BGH die Unentgeltlichkeit der Leistung von vornherein unabhängig von einer Parteivereinbarung beurteilen, wenn zwischen dem Schuldner und dem Empfänger der Leistung ein Kausalverhältnis gar nicht besteht, weil aus Sicht des Empfängers die Leistung des Schuldners gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB allein zur Tilgung der Verbindlichkeit eines Dritten erfolgt. Insofern sind insbesondere die klassischen Anweisungsfälle betroffen, in welchen der Dritte ein Gläubiger des Schuldners ist und deshalb den Schuldner gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB dazu angewiesen hat, dass dieser für den Dritten auf dessen Verbindlichkeit gegenüber dem Empfänger leistet.

*Illustration:*



Letztlich handelt es sich hierbei um eine Konstellation der mittelbaren Zuwendung, nur mit der Besonderheit, dass der Schuldner im Zuwendungsvorgang die Mittelsperson darstellt. In der Insolvenz des Schuldners müsste bei einer den bereicherungsrechtlichen Grundsätzen entsprechenden Anfechtung entlang der Kausalverhältnisse eigentlich allein der Dritte der richti-

<sup>489</sup> BGH, NJW 1972, 48, 49.

<sup>490</sup> Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 134 Rn. 4.

<sup>491</sup> Thole, Gläubigerschutz, S. 449. Vgl. aber auch Häsemeyer, ZIP 1994, 418, 422, der eine normative Kontrolle für »Extremfälle« ebenfalls akzeptiert, sowie Ganter, NZI 2015, 249, 258, der bei »krassen« Wertdiskrepanzen vom Kausalverhältnis abweichen will, wenn keine aner kennenswerten Gründe die Diskrepanz rechtfertigen.

ge Anfechtungsgegner sein,<sup>492</sup> so dass eine Rückabwicklung letztlich „übers Eck“ erfolgte. Ist der Dritte jedoch ebenfalls insolvenzreif, möchte der BGH diesen Grundsatz über die Schenkungsanfechtung durchbrechen, so dass ausnahmsweise eine »Direktanfechtung« gegen den Empfänger ermöglicht werden soll.<sup>493</sup>

### (1) Begründungsansatz der Rechtsprechung

Begründet wird dieses Ergebnis damit, dass bei der Tilgung der Verbindlichkeit eines Dritten für die Unentgeltlichkeit der Leistung allein maßgeblich sei, ob der Empfänger für diese als »ausgleichendes Vermögensopfer« eine Gegenleistung zu erbringen habe.<sup>494</sup> Dabei entspreche es allerdings dem Vorleistungsrisiko des Empfängers, dass etwaige Vorleistungen als ausgleichende Gegenleistung nicht mehr zu berücksichtigen seien.<sup>495</sup> Stattdessen müsse erst auf den Zeitpunkt der Leistung des Schuldners abgestellt werden, so dass die Gegenleistung des Empfängers in der Regel nur noch darin liegen könne, dass dieser mit der Leistung des Schuldners gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB seine Forderung gegen den Dritten verliere.<sup>496</sup> Wenn diese Forderung des Empfängers gegen den Dritten jedoch wertlos sei, würde der Empfänger »wirtschaftlich nichts verlieren, was als Gegenleistung für die Zuwendung angesehen werden« könne.<sup>497</sup>

Eine solche Wertlosigkeit der gegen den Dritten verlorenen Forderung sei wiederum immer dann gegeben, wenn sich der Dritte bereits in der Insolvenzzreife befunden habe.<sup>498</sup> Ob dem Empfänger die Wertlosigkeit seiner Forderung bekannt war, sei hingegen aufgrund der objektiven Betrachtung im Rahmen der Schenkungsanfechtung unerheblich.<sup>499</sup> Vielmehr sei der Empfänger schon aufgrund der Insolvenzzreife des Dritten gegenüber den Gläubigern des Schuldners nicht schutzwürdig, »denn er hätte ohne dessen Leistung [...] seine Forderung nicht durchsetzen können.«<sup>500</sup> Die Leistung sei daher unentgeltlich erfolgt, so dass eine Schenkungsanfechtung gegen den Empfänger möglich sein müsse.

### (2) Kritik

Dieser Begründungsansatz des BGH ist in der überwiegenden Literatur jedoch zu Recht auf erhebliche Kritik gestoßen.<sup>501</sup> Zwar ist es im Ausgangspunkt noch zwingend, sich im Rahmen der Tilgung einer fremden Verbindlichkeit für die Unentgeltlichkeit der Leistung von einer Parteivereinbarung zwischen Schuldner und Empfänger zu lösen, weil in diesem Verhältnis

---

<sup>492</sup> BGH, NJW-RR 2004, 983, 984; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 64; *Jungclaus*, NZI 2008, 535; *Kayser*, WM 2007, 1, 2; *Prütting*, KTS 2005, 253, 259. Vgl. auch *HambKomm/Rogge/Leptien*, InsO, § 134 Rn. 25; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 187; *Wilk*, NZI 2008, 407, 411 f.

<sup>493</sup> BGH, NJW 2005, 1867, 1868; NJW 2008, 655 Rn. 8 ff.; NJW-RR 2013, 1203 Rn. 6. Von einer »Direktanfechtung« spricht insbesondere *Kayser*, aaO. Siehe ebenso *Wittig*, NZI 2005, 606, 608, der die Konstellation als »Durchgriffsanfechtung« bezeichnet. Vgl. auch *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 66 f.

<sup>494</sup> BGH, NJW 1999, 1549; NJW-RR 2006, 1136 Rn. 10; NJW 2008, 655 Rn. 8; NJW-RR 2008, 1628 Rn. 11.

<sup>495</sup> BGH, NJW 2006, 1867, 1868; NJW-RR 2006, 1136 Rn. 11; NJW 2008, 655 Rn. 10; NJW-RR 2008, 1628 Rn. 12 f. sowie *Bork*, in: *Hdb Insolvenzanfechtung*, Kap. 6 Rn. 63.

<sup>496</sup> BGH, NJW 2005, 1867; NJW-RR 2006, 1136 Rn. 10; NJW 2008, 655 Rn. 8; NJW-RR 2008, 1628 Rn. 13.

<sup>497</sup> BGH, NJW-RR 2004, 983; NJW 2005, 1867, 1868; NJW 2008, 655 Rn. 9; NJW-RR 2013, 1203 Rn. 6.

<sup>498</sup> BGH, NJW-RR 2013, 1203 Rn. 8; NJW-RR 2010, 477 Rn. 8; NJW 2008, 655 Rn. 8; NJW-RR 2008, 1628 Rn. 13.

<sup>499</sup> BGH, NJW 2005, 1867, 1868; *Kayser*, WM 2007, 1, 5; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 68.

<sup>500</sup> BGH, NJW 2006, 1867, 1868; NJW-RR 2006, 1136 Rn. 11; NJW 2008, 655 Rn. 8; NJW-RR 2008, 1628 Rn. 13.

<sup>501</sup> *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 60 ff.; *Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer*, Insolvenzanfechtung, G 71; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 80; *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.92; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 219 und 351 ff.; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 186; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 465 ff.; *ders.*, KTS 2011, 219, 229 ff.; *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1048; *Henckel*, ZIP 2004, 1671, 1674; *Prütting*, KTS 2005, 253, 257 f.; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 885 ff.; *Wilk*, NZI 2008, 407, 409 ff.; *Wittig*, NZI 2005, 606, 608.

zumeist keine bestehen wird. Im Weiteren scheint die Argumentation jedoch vor allem vom gewünschten Ergebnis einer gegen den Empfänger gerichteten Direktanfechtung getrieben zu sein.<sup>502</sup> So wurde kritisiert, dass schon nicht ersichtlich sei, weshalb es für die Unentgeltlichkeit stattdessen nur noch auf den Verlust der getilgten Forderung ankommen sollte.<sup>503</sup> Vielmehr dürften die Vorleistungen des Empfängers als ausgleichende Gegenleistung nicht ausgeklammert werden, weil der Empfänger durch seine Gegenleistung die Deckung seiner Forderung verdient habe.<sup>504</sup> Insofern würde es ein angemessener Vertrauensschutz erfordern, dass sich die Unentgeltlichkeit der Leistung nach dem Kausalverhältnis zwischen Empfänger und Drittem bemesse.<sup>505</sup> Insbesondere habe ein dort bestehendes Vorleistungsrisiko des Empfängers mit der Frage einer Unentgeltlichkeit nichts zu tun.<sup>506</sup>

Dieser Kritik ist vollauf zuzustimmen. Denn stellte man mit dem BGH für die Frage der Entoder Unentgeltlichkeit der Leistung aufgrund einer vom Kausalverhältnis gelösten objektivierte Betrachtung nur noch auf den Forderungsverlust beim Empfänger ab, ist dieser bereits per se nicht geeignet als ausgleichende Gegenleistung angesehen zu werden, weil er als Vorteil insofern nicht mehr als eine Schuldbefreiung gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB beinhaltet. Eine bloße Schuldbefreiung stellt wirtschaftlich gesehen allerdings von vornherein keine Gegenleistung dar, die gegenüber einer das Haftungsvermögen verringernden Leistung gleichwertig sein könnte.<sup>507</sup> Müsste der reine Forderungsverlust daher als ausgleichende Gegenleistung auch außerhalb der Insolvenzreife des Dritten streng genommen ausscheiden, kann er jedoch für eine sinnvolle Auslegung der Schenkungsanfechtung nicht herangezogen werden, weil ansonsten die Tilgung einer fremden Verbindlichkeit ausnahmslos eine unentgeltliche Leistung darstellen würde und daher stets anfechtbar wäre. Dies ist im Ergebnis aber nicht haltbar, so dass die Idee einer Direktanfechtung über die Schenkungsanfechtung schon deshalb nicht überzeugen kann.

Der BGH stellt im Kern seiner Argumentation bei genauerer Betrachtung denn auch nicht auf eine ausgleichende Gegenleistung, sondern entscheidend darauf ab, ob der Empfänger durch den Forderungsverlust für die Leistung des Schuldners ein »Vermögensopfer« erbracht habe.<sup>508</sup> Während damit aber in der Sache ohne ersichtlichen Grund vom Konzept einer Gegenleistung abgewichen wird,<sup>509</sup> vermag selbst unter dieser Prämisse die Begründung einer Schenkungsanfechtung nicht zu überzeugen. Denn ein bloßes Vermögensopfer kann auch noch im Verlust einer Insolvenzforderung liegen, weil die These ihrer wirtschaftlichen Wertlosigkeit tatsächlich viel zu pauschal ist.<sup>510</sup> Vielmehr ist ein Vermögensopfer durch den Forderungsverlust erst dann ausgeschlossen, wenn im Insolvenzverfahren eine Quote nicht mehr

<sup>502</sup> Ähnlich auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 468 ff., der den eigentlichen Grund dieser Argumentation in ergebnisorientierten Praktikabilitätserwägungen erkennt. Zustimmend *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 189.

<sup>503</sup> *Henckel*, ZIP 2004, 1671, 1674; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 468; *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 63. Vgl. auch OLG Koblenz, ZIP 2004, 1275, 1276.

<sup>504</sup> *Thole*, KTS 2011, 219, 230; ebenso *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 351.

<sup>505</sup> *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 188. Vgl. *Prütting*, KTS 2005, 253, 258; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 885.

<sup>506</sup> *Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer*, Insolvenzanfechtung, G 74; *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, aaO; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 355.

<sup>507</sup> Dass eine reine Schuldbefreiung noch keine gleichwertige Gegenleistung darstellt, ist insbesondere im Rahmen des § 142 InsO anerkannt und im Ergebnis zwingend, siehe nur *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 4a; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 373. Vgl. dazu auch schon unter B.I.2)c)aa), Seite 38.

<sup>508</sup> BGH, NJW 1999, 1549, der freilich von einem »ausgleichenden« Vermögensopfer spricht. Vgl. auch *Kaysers*, WM 2007, 1.

<sup>509</sup> *Henckel*, ZIP 2004, 1671, 1674.

<sup>510</sup> *Wilk*, NZI 2008, 407, 410; ebenso *Burchard*, Dreieck, S. 309; *Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer*, Insolvenzanfechtung, G 72a. Kritisch auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 355; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 188; *Thole*, KTS 2011, 219, 230 f.

erwartet werden kann. Der BGH möchte dies zwar mit dem Argument widerlegen, dass der Forderung auch bei einer Quotenerwartung kein »eigenständiger Wert« beizumessen sei, weil der Empfänger seine Forderung in der Insolvenzreife des Dritten »nicht mehr isoliert [hätte] durchsetzen können«.<sup>511</sup> Tatsächlich ist jedoch die isolierte Durchsetzbarkeit für die Werthaltigkeit der Forderung gar nicht erforderlich. Insofern hat *Wilk* richtigerweise angemerkt, dass selbst Insolvenzforderungen als *non-performing loans* noch marktfähig sein können,<sup>512</sup> so dass sie alternativ zu einer isolierten Durchsetzung insbesondere auch durch ihren Verkauf noch eigenständig verwertbar sind und folglich einen eigenständigen Wert besitzen müssen.

Dabei überzeugt das Argument, dass die Forderung gegen den Dritten aufgrund ihrer fehlenden Durchsetzbarkeit wertlos sei und ihr Verlust daher kein Vermögensopfer darstelle, auch deshalb nicht, weil zugunsten des Insolvenzverwalters des Drittvermögens mit demselben Gedanken eine Schenkungsanfechtung gegen den Empfänger erst recht begründet werden müsste.<sup>513</sup> Dies ist allerdings selbst nach dem BGH nicht möglich. Stattdessen steht dem Insolvenzverwalter des Drittvermögens gegenüber dem Empfänger regelmäßig allein eine Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO zur Verfügung.

Um dabei den Empfänger wenigstens keiner doppelten Inanspruchnahme auszusetzen, möchte der BGH der Deckungsanfechtung des Drittverwalters gegenüber der Schenkungsanfechtung zwar eine Sperrwirkung zumessen, so dass letztere erst möglich sein soll, wenn die Deckungsanfechtung vom Drittverwalter nicht geltend gemacht wird.<sup>514</sup> Der hierdurch erreichte Schutz des Empfängers ist aber nur sehr schwach. Denn während die Anfechtungsfrist der §§ 130, 131 InsO ohnehin auf drei Monate begrenzt ist, beläuft sich jener der Schenkungsanfechtung mit vier Jahren gleich auf das Sechzehnfache, so dass nach Ablauf der drei Monate noch ein beträchtlich langer Zeitraum für die Anwendung der Schenkungsanfechtung verbleiben kann.<sup>515</sup> Im Ergebnis stellt die Schenkungsanfechtung daher aus Sicht des Empfängers nichts anderes dar, als eine drastische Erweiterung der Deckungsanfechtung. Bei einer system- und interessengerechten Konzeption sollte man eigentlich erwarten können, dass eine solche Ausdehnung der Anfechtungsmöglichkeiten zum Schutz des Rechtsverkehrs auch deutlich höheren Voraussetzungen unterläge. Tatsächlich ist jedoch genau das Gegenteil der Fall.

Denn nach dem Ansatz des BGH muss aufgrund der objektiven Ausgestaltung der Schenkungsanfechtung dem Empfänger weder bekannt gewesen sein, dass sich der Dritte in der Insolvenzreife befand, noch dass die Leistung unmittelbar aus dem Schuldnervermögen erfolgte.<sup>516</sup> Damit können ihm jedoch sämtliche Umstände unbekannt bleiben, welche laut BGH eine Schenkungsanfechtung zugunsten des Schuldnervermögens erst begründen sollen. In der Konsequenz kann der Empfänger eine anfechtbare Deckung von einer anfechtungsfesten letztlich also nicht mehr unterscheiden, so dass das Bestehen eines Anfechtungsrisikos aus

---

<sup>511</sup> So BGH, NJW-RR 2010, 477 Rn. 9. Siehe auch Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 67.

<sup>512</sup> *Wilk*, aaO.

<sup>513</sup> Vgl. ebenso *Wilk*, aaO sowie *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 354.

<sup>514</sup> Der BGH spricht von einem »Vorrang der Deckungsanfechtung«, siehe BGH, NJW-RR 2010, 477 Rn. 12; NJW 2008, 655 Rn. 37 f. Dieser Vorrang soll im Dreipersonenverhältnis im Übrigen auch gegenüber § 132 InsO bestehen, siehe dazu noch unter B.IV.2)e)cc)(1), Seite 116.

<sup>515</sup> Der BGH, NJW-RR 2010, 477 Rn. 10 f. lehnt eine Anpassung der Anfechtungsfrist der Schenkungsanfechtung auf die Frist der §§ 130, 131 InsO ausdrücklich ab. *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 886, weist zu Recht darauf hin, dass sich dies auf der Kehrseite für die Gläubiger des Schuldnervermögens als unverdienter »Glücksfall« erweisen kann.

<sup>516</sup> Im Dreipersonenverhältnis kann insbesondere die Identifizierung des geminderten Vermögens für den Empfänger nicht immer klar sein, vgl. *Wilk*, aaO.

seiner Sicht vom Zufall abhängt.<sup>517</sup> Ein interessengerechter Verkehrsschutz wird auf diesem Wege freilich nicht verwirklicht.<sup>518</sup> Vielmehr ist eine Direktanfechtung über die Schenkungsanfechtung systemwidrig konstruiert und offenbar allein dem Ziel geschuldet, in Ausnahmefällen eine Anfechtung entgegen der bereicherungsrechtlichen Leistungsverhältnisse auch außerhalb der Vorsatzanfechtung noch zu ermöglichen. Wie schon zur Vorsatzanfechtung wird die Problematik jedoch zu Unrecht auf der Ebene der Tatbestände verortet, weil eine dogmatisch stringente Lösung nach hier vertretener Auffassung nur im Begriff der Rechtshandlung gefunden werden kann.

#### ee) **Zwischenfazit**

Hinsichtlich der Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung kann festgehalten werden, dass aufgrund des traditionellen Verständnisses der Tatbestände als selbständige Anfechtungsgründe weitgehend unklar ist, wann eine Unentgeltlichkeit der Leistung im anfechtungsrechtlichen Sinne eigentlich vorliegen soll. Insofern fehlt es an einem handfesten normativen Anknüpfungspunkt, welcher zur Auslegung des Begriffs herangezogen werden könnte. Wenn der BGH zwar darauf hinweist, dass die Unentgeltlichkeit zum Schutz der Gläubiger einer »weitgehenden Ausdeutung« bedürfe, ist damit tatsächlich jedoch allenfalls eine Tendenz vorgegeben, aus welcher die konkreten Voraussetzungen einer Unentgeltlichkeit nicht abgeleitet werden können.

Stattdessen droht eine gewisse Beliebigkeit in der Anwendung der Schenkungsanfechtung, was sich insbesondere daran zeigt, dass der BGH bei der Tilgung einer fremden Insolvenzforderung zur Ermöglichung einer Direktanfechtung statt auf eine ausgleichende Gegenleistung nur noch auf ein »Vermögensopfer« des Empfängers abstellen möchte. In der Sache wird dadurch der Empfänger jedoch systemwidrig einer erweiterten Deckungsanfechtung ausgesetzt, die trotz einer drastischen Ausdehnung der Anfechtbarkeit unter geringeren Voraussetzungen steht.

Um solche Friktionen in der Anfechtungssystematik zu vermeiden, wäre es für die Ermittlung der anfechtungsrechtlichen Bedeutung des Begriffs der Unentgeltlichkeit vielmehr erforderlich, die Schenkungsanfechtung nicht mehr als für sich stehenden Anfechtungsgrund anzusehen, sondern in ein in sich abgestimmtes Gesamtsystem der Tatbestände einzufügen, welches ihr im Zusammenspiel der Anfechtungsvoraussetzungen einen konkreten Anwendungsbereich zuweisen könnte.

---

<sup>517</sup> Fehlt es an der Erkennbarkeit des geminderten Vermögens, hilft auch der Ratschlag von *Kayser*, WM 2007, 1, 8, nicht weiter, wonach der Empfänger einer Leistung aus einem anderen Vermögen, dieser Leistung eine »besondere Aufmerksamkeit« widmen sollte.

<sup>518</sup> Kritisch auch *Buchard*, Dreieck, S. 316 ff.; sowie *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 80, die die Einführung subjektiver Voraussetzung durch den Gesetzgeber vorschlagen.



**c) Anfechtung der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen**

Weniger der Anwendungsbereich als mehr die Wertungsgrundlage der Tatbestände ist umstritten, wenn es um die Anfechtung der Rückgewähr des investierten Kapitals eines Gesellschafters geht. Namentlich mit den §§ 135, 136 InsO enthält die Insolvenzordnung zwei Tatbestände, welche die Rückgewähr bestimmter Formen von Gesellschaftskapital ohne weitere Voraussetzungen innerhalb großzügiger Fristen für anfechtbar erklären. Während § 135 InsO seine Entsprechung in den §§ 6, 6a AnfG findet, ist § 136 InsO allein im Insolvenzverfahren anwendbar. Dabei bezieht sich § 136 InsO lediglich auf die Einlagen eines stillen Gesellschafters und spielt sowohl in der Praxis als auch in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nur eine ganz untergeordnete Rolle,<sup>519</sup> weshalb er auch vorliegend nicht weiter behandelt werden soll. Hingegen betrifft § 135 InsO mit der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen einen praxisrelevanten und in seiner Wertung wiederum umstrittenen Fall der Anfechtung.

**aa) Historische Wurzeln im Gesellschaftsrecht**

Historisch hat sich § 135 InsO aus dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Kapitalerhaltung gemäß § 30 GmbHG entwickelt, welcher zum Schutz der Gläubiger einer Gesellschaft die Rückgewähr von Stammkapital an den Gesellschafter untersagt. Dieses Verbot wurde richterrechtlich auf solche Darlehen erstreckt, die ein Gesellschafter „in der Krise“ der Gesellschaft aufgrund einer Finanzierungsentscheidung als Ersatz für frisches Eigenkapital gewährt hatte.<sup>520</sup> Zur Begründung eines solchen Eigenkapitalersatzrechts fanden sich verschiedene Ansätze. Der BGH und ihm folgend die herrschende Literatur zogen zulasten des Gesellschafters eine »Finanzierungsfolgenverantwortung« heran,<sup>521</sup> welche auch als »Preis« für die Haftungsbeschränkung des Gesellschafters bezeichnet wurde.<sup>522</sup> Entsprechend durften eigenkapitalersetzende Darlehen analog § 30 GmbHG a.F. nicht an den Gesellschafter zurückgezahlt werden, sondern sie sollten den übrigen Gläubigern der Gesellschaft als Haftungsmasse zur Verfügung stehen.

**bb) Durchsetzung der Wertungen des Gesellschaftsrechts?**

Während das richterrechtlich entwickelte Eigenkapitalersatzrecht vom Gesetzgeber durch § 135 InsO und dessen Vorgängervorschriften zunächst nur Ergänzungen erfuhr,<sup>523</sup> ist die analoge Anwendung des § 30 GmbHG a.F. seit Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 zugunsten einer rein anfechtungsrechtlichen Lösung aufgegeben worden.<sup>524</sup> Dabei hat der seitdem erweiterte § 135 InsO allerdings nicht mehr zur Voraussetzung, dass das Darlehen anstelle von Eigenkapital in der Krise der Gesellschaft gewährt wurde, sondern § 135 InsO erfasst mittlerweile grundsätzlich *jedes* Gesellschafterdarlehen, das vor der Insolvenz innerhalb der Anfechtungsfrist an den Gesellschafter zurückfließt. Entsprechend umstritten ist, ob die hergebrachten gesellschaftsrechtlichen Sonderwertungen des Eigenkapitalersatzrechts auf den heutigen § 135 InsO noch übertragbar sind.<sup>525</sup>

Die wohl herrschende Meinung bejaht dies mit dem Argument, dass Gesellschafterdarlehen im Grunde genommen immer potentiell eigenkapitalersetzend seien und im Rahmen einer ty-

---

<sup>519</sup> MüKo/Gehrlein, InsO, § 136 Rn. 1.

<sup>520</sup> Sogenannten Rechtsprechungsregeln, vgl. nur MüKo/Gehrlein, InsO, § 135 Rn. 1; U. Huber, FS Priester (2007), S. 259, 264.

<sup>521</sup> BGH, NJW 1988, 3143, 3145; NJW 1995, 326, 329; NJW 1998, 3200, 3201. Kritisch zum Begriff etwa Haas, ZInsO, 2007, 617, 618, nach dem es sich nur um eine »Worthülse« handle.

<sup>522</sup> Vgl. Thole, Gläubigerschutz, S. 389.

<sup>523</sup> Sogenannten Novellenregeln, vgl. nur MüKo/Gehrlein, InsO, § 135 Rn. 2 f.

<sup>524</sup> Siehe die neue Fassung des § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG. Vgl. auch MüKo/Gehrlein, InsO, § 135 Rn. 4; Henkel, ZInsO 2009, 1577.

<sup>525</sup> Ablehnend etwa Habersack, ZIP 2007, 2145, 2146 f.; U. Huber, FS Priester (2007), S. 259, 271 ff.; Krolop, GmbHR 2009, 397, 398; K. Schmidt, ZIP 2006, 1925, 1932; ders., GmbHR 2009, 1009, 1012 f. Vgl. auch Hirte, ZInsO 2008, 689, 692 f.

pisierten Betrachtung für die Rechtfertigung des § 135 InsO weiterhin auf die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters verwiesen werden könne.<sup>526</sup> Insbesondere *Bork* ist der Auffassung, dass nach neuem Recht die in der Krise vom Gesellschafter getroffene Finanzierungsentscheidung lediglich »unwiderleglich vermutet« werde.<sup>527</sup> Dagegen lehnt eine weit verbreitete Mindermeinung eine solche Sichtweise zwar aufgrund der Aufgabe des Merkmals der Krise der Gesellschaft ab, verbleibt dabei allerdings bei einer gesellschaftsrechtlichen Begründung der Vorschriften, indem sie ein Gesellschafterdarlehen als »Risikokapital« umqualifiziert.<sup>528</sup> Insofern führe die Chance des Gesellschafters auf eine Beteiligung an einer gewinnbringenden Einsetzung des Darlehens auf der Kehrseite dazu, dass für den Gesellschafter eine Verantwortung für die Übernahme zusätzlicher Risiken bestünde, die auch als »Risikübernahmeverantwortung« oder »Investitionsverantwortung« bezeichnet werden könne.<sup>529</sup>

### cc) Maßgeblichkeit rein anfechtungsrechtlicher Wertungen?

Demgegenüber wird teilweise vertreten, dass durch die vollständige Verlagerung der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen ins Anfechtungsrecht, der Normzweck des § 135 InsO nicht mehr im Gesellschaftsrecht zu suchen sei.<sup>530</sup> Vielmehr müsse die Wertungsgrundlage der Vorschrift nun in einem spezifisch anfechtungsrechtlichen Sinne verstanden werden,<sup>531</sup> freilich ohne dass sie damit geklärt wäre. Denn wenn vor diesem Hintergrund das Gesellschafterdarlehen von *Gehrlein* als eine per se »ungewöhnliche, verdächtige Finanzierungsform« angesehen wird, die sich in der Insolvenz der Gesellschaft schließlich in ein »missbräuchliches Finanzierungsinstrument« wandle,<sup>532</sup> scheint er sich zwar für die Wertung des § 135 InsO auf eine Unbilligkeit im Schuldnerhandeln zu stützen. Obwohl jedoch gerade ein Fehlverhalten des Schuldners auch von *Thole* als Legitimation einer Anfechtung anerkannt wird, sieht sich dieser wiederum dazu gezwungen, ein solches Verständnis des § 135 InsO aufgrund fehlender systematischer Zusammenhänge zu den schuldnerbezogenen Tatbeständen abzulehnen.<sup>533</sup> Dass die von *Thole* stattdessen befürwortete Heranziehung der par conditio creditorum nach hier vertretener Auffassung nicht zu überzeugen vermag, wurde bereits dargelegt.<sup>534</sup> Vielmehr zeigt sich schon an dieser Austauschbarkeit der herkömmlicherweise als anfechtungsspezifisch angesehenen Wertungsgrundlagen deutlich, dass ihnen keine tatsächliche Erklärungskraft zukommt.

<sup>526</sup> Siehe BGH, NZG 2013, 469 Rn. 10 und 18, wonach die Finanzierungsfolgenverantwortung als Legitimation auch mit dem neuen Recht noch »harmonisiert«. In diesem Sinne auch *Bork/Schäfer/Thiessen*, GmbHG, Anhang zu § 30 Rn. 5 f.; *Spliedt*, ZIP 2009, 149, 153.

<sup>527</sup> *Bork*, ZGR 2007, 250, 257. Zustimmung *HambKomm/Schröder*, InsO, § 135 Rn. 8a; *Altmeyden*, NJW 2008, 3601, 3602 f.; *Dahl/Schmitz*, NZG 2009, 325, 326 f.; *Hölzle*, ZIP 2010, 913, 914; *ders.*, ZIP 2009, 1939, 1943 f. Im Ergebnis aber auch *Haas*, ZInsO 2007, 617, 621. Vgl. zudem *Pentz*, FS Hüffer (2010), S. 747, 762 und 764, nach dem das Merkmal der Krise lediglich durch eine – nach ihm allerdings widerlegbare – Vermutung der Insolvenzreife der Gesellschaft ersetzt wurde.

<sup>528</sup> *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 135 Rn. 15; *U. Huber*, FS Priester (2007), S. 259, 283; *Schäfer* ZInsO 2010, 1311, 1313 f. Vgl. auch *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 399 f.;

<sup>529</sup> *Nerlich/Römermann/Nerlich*, aaO; *Krolop*, GmbHR 2009, 397, 400. Vgl. auch *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1015 f., der allerdings die Einführung einer neuen Terminologie ablehnt.

<sup>530</sup> So insbesondere *Thole*, Gläubigerschutz, S. 392 ff.

<sup>531</sup> *MüKo/Gehrlein*, InsO, § 135 Rn. 12; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 395.

<sup>532</sup> *MüKo/Gehrlein*, InsO, § 135 Rn. 10; ebenso *Hirte*, WM 2008, 1429, 1430, der von einer »unwiderleglichen Vermutung des missbräuchlichen Charakters der Darlehensgewährung« spricht. Vgl. zudem *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.97, der eine »typisierte Unterkategorie der Vorsatzanfechtung« sieht. Zu Recht ablehnend aber *Bork/Schäfer/Thiessen*, GmbHG, Anhang zu § 30 Rn. 6; *K. Schmidt*, GmbHR 2009, 1009, 1013, die auf die berechtigten Interessen eines Gesellschafters an der Finanzierung der Gesellschaft über Darlehen hinweisen.

<sup>533</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 393.

<sup>534</sup> Siehe dazu bereits unter B.III.3)a), Seite 76 f.

**d) Deckungsanfechtung**

Nur auf den ersten Blick scheint zumindest bezüglich einer Anfechtbarkeit von Deckungshandlungen gemäß §§ 130, 131 InsO der Rechtfertigungsgrund vollkommen eindeutig zu sein. Wie bereits erwähnt wurde, sind nach den §§ 130, 131 InsO Befriedigungen oder Sicherungen einer Forderung anfechtbar, welche ein Insolvenzgläubiger zum Nachteil seiner Mitgläubiger innerhalb von maximal drei Monaten vor dem Insolvenzantrag erhalten hat. Die ganz herrschende Meinung geht davon aus, dass diese Anfechtung ihre normative Rechtfertigung in der Durchsetzung einer Gläubigergleichbehandlung finde.<sup>535</sup> Wie allerdings ebenfalls schon dargelegt wurde, erscheint diese zunächst plausibel klingende Annahme tatsächlich umso weniger einleuchtend, desto genauer man sich die Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO anschaut.<sup>536</sup> Denn mit einer Gleichbehandlung der Gläubiger steht es gerade im Widerspruch, wenn die Deckungsanfechtung nur im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners greift, den »wachsamen Gläubiger« bestraft sowie zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen unterscheidet.

**aa) Keine analoge Anwendung bei Überschuldung des Schuldners**

Wenn üblicherweise davon ausgegangen wird, dass durch die §§ 130, 131 InsO die Gleichbehandlung der Gläubiger auf den Zeitraum vor dem Insolvenzverfahren vorverlagert werde, so wird dies wie gesehen damit begründet, dass die *par conditio creditorum* bereits ab dem Zeitpunkt der materiellen Insolvenz des Schuldners gelten solle.<sup>537</sup> Vor diesem Hintergrund ist es aber nicht zu erklären, warum dann die Deckungsanfechtung auf die Fälle der Zahlungsunfähigkeit beschränkt ist, während sie im Falle einer Überschuldung des Schuldners ausscheidet. Zieht man den Gedanken der Gläubigergleichbehandlung heran, müsste die Deckung einer Forderung vielmehr auch bei einer Überschuldung anfechtbar sein, so dass sich für diese Fälle eine zumindest analoge Anwendung der §§ 130, 131 InsO aufdrängen müsste.

Demgegenüber wird eine Analogie jedoch mangels einer ungewollten Regelungslücke abgelehnt.<sup>538</sup> Denn dass die Deckungsanfechtung eine Überschuldung des Schuldners komplett unberücksichtigt lässt, ist nicht etwa ein Versehen des Gesetzgebers gewesen. Vielmehr hat dieser Regelungsinhalt tatsächlich einen bestimmten Grund, der zwar nicht die *par conditio creditorum*, dafür aber die Perspektive des Anfechtungsgegners in den Vordergrund rückt. Die Irrelevanz einer Überschuldung wurde in der Diskussion zur Insolvenzrechtsreform nämlich damit erklärt, dass diese für den Anfechtungsgegner mangels praktikabler Indizien – anders als die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners – nicht beurteilbar sei.<sup>539</sup>

Eben diese Betonung des Kenntnisstandes des Anfechtungsgegners bestätigt wiederum die hier vertretende Auffassung. Denn insofern ist bereits angeklungen, dass für das Verständnis der Deckungsanfechtung richtigerweise nicht der Gedanken der *par conditio creditorum* maßgeblich ist, sondern im Interesse des Verkehrsschutzes die Perspektive des Anfechtungsgegners. Dies kommt im Übrigen insbesondere auch darin zum Ausdruck, dass selbst im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht etwa jede Deckung einer Anfechtung unterliegt, sondern § 130 InsO wie erwähnt stets voraussetzt, dass die Zahlungsunfähigkeit dem Gegner eben bekannt gewesen ist.

---

<sup>535</sup> Siehe nur BGH, NJW 2004, 1385; MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 1; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 131 Rn. 5; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 1.; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.38; Thole, Gläubigerschutz, S. 347.

<sup>536</sup> Siehe dazu bereits unter B.II.3)b)bb), ab Seite 60 ff.

<sup>537</sup> Siehe dazu bereits unter B.II.3)a), Seite 57 f.

<sup>538</sup> Gerhardt, FS Brandner (1996), 605, 617 f.

<sup>539</sup> Gerhardt, aaO; Schoppmeyer, NZI 2005, 185, 186.

## bb) Objektivierung des Tatbestandes?

Gibt man demgegenüber der Deckungsanfechtung die Durchsetzung der *par conditio creditorum* als die maßgebliche Wertung vor, stehen die im Gesetz statuierten subjektiven Schranken hiermit freilich im Widerspruch. Da die subjektiven Voraussetzungen unter der Prämisse der Gläubigergleichbehandlung eine Anfechtung folglich nur unnötig erschweren, scheinen sie bereits an sich überflüssig zu sein.<sup>540</sup> Dementsprechend wurde schon zur Vorgängervorschrift des § 30 KO *de lege ferenda* gefordert, »die ganzen subjektiven Voraussetzungen [...] als historische Restbestände zu beseitigen«<sup>541</sup> und den Tatbestand im Stile der Rückschlagsperre »zu vereinfachen und zu objektivieren«<sup>542</sup>.

### (1) »Bestrafung des wachsamem Gläubigers«?

Während sich der Gesetzgeber bei der Normierung des § 130 InsO im Interesse des Verkehrsschutzes gegen eine solche Objektivierung entschieden hat,<sup>543</sup> sind die dahingehenden Forderungen auch seit Inkrafttreten der InsO nicht verstummt, sondern befinden sie sich weiterhin in der Diskussion.<sup>544</sup> So ist insbesondere *Jungclaus* der Ansicht, dass die Voraussetzung einer Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners den Verkehrsschutzgedanken »überbetone«.<sup>545</sup> Denn wie bereits erwähnt wurde, hält *Jungclaus* die gegenwärtige Fassung des § 130 InsO für »fehlerhaft«, weil sie auf eine »Bestrafung des wachsamem Gläubigers« hinauslaufe.<sup>546</sup> Dabei möchte *Jungclaus* in der Wachsamkeit des Gläubigeres eine Verwirklichung seiner Privatautonomie erkennen, die darin bestehe, dass der Gläubiger sich im Vorfeld des Insolvenzverfahrens »in Wahrnehmung seiner Eigenverantwortung laufend über die Bonität seines Schuldners informierte und auf sich abzeichnende Verschlechterungen zeitnah reagierte, indem er seine Forderung durchsetzte«.<sup>547</sup> Indem § 130 InsO dieses Verhalten sanktioniere, werde in die Privatautonomie des Gläubigers eingegriffen. Dieser Eingriff sei aber brisant, weil bereits die Ablösung des Prioritätsprinzips durch den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zur Einschränkung der Privatautonomie führe.<sup>548</sup> Die Fehlerhaftigkeit des § 130 InsO ergebe sich aus der »spezifischen Verknüpfung dieser beiden Eingriffe«.<sup>549</sup>

### (2) Die Zufälligkeit der besseren Informationslage

Diese Kritik kann allerdings nicht überzeugen. Denn nach hier vertretener Auffassung verkennt sie bereits das Ziel des Insolvenzverfahrens. Wie schon ausführlich darlegt wurde, liegt dieses Ziel eben nicht in der Durchsetzung der *par conditio creditorum*, sondern in der Sicherstellung einer effizienten Haftungsrealisierung.<sup>550</sup> Dazu gehört es, dem einzelnen Gläubiger die Kosten einer Überwachung des Schuldners (*monitoring*) gerade zu ersparen,<sup>551</sup> so dass es nicht zu seinen Lasten gehen kann und soll, wenn er sich dementsprechend über die Bonität des Schuldners eben nicht laufend informiert. Wollte man demgegenüber einen besser infor-

<sup>540</sup> Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.50; *Weber*, KTS 1959, 80, 85; *Hanisch*, ZZP 90 (1977), 1, 21.

<sup>541</sup> *Weber*, aaO.

<sup>542</sup> *Hanisch*, aaO.

<sup>543</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443, S. 158. Im Vorfeld der Insolvenzrechtsreform hatte insbesondere *Henckel*, ZIP 1982, 391, 393 f. auf die besondere Bedeutung des Verkehrsschutzes hingewiesen.

<sup>544</sup> So jüngst etwa *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 261 ff., der zugunsten einer konsequenten Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung hinsichtlich § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO fordert, »den subjektiven Tatbestand dieser Anfechtungsnorm ersatzlos [zu] streichen« (S. 273). Vgl. auch *Klinck*, Grundlagen, S. 300, der die subjektiven Voraussetzungen für »keineswegs zwingend« hält.

<sup>545</sup> *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 267 ff.

<sup>546</sup> Vgl. insofern auch *Knospe*, ZInsO 2014, 861, 866.

<sup>547</sup> *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 264 f.

<sup>548</sup> *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 264 und 268 f.

<sup>549</sup> *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 264.

<sup>550</sup> Siehe zur ausführlichen Kritik bereits unter B.II.2)b), ab Seite 50 ff.

<sup>551</sup> *Mokal*, C.L.J. 2001, 581, 592; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 52.

mierten Gläubiger bevorzugen, käme es zum vielbeschworenen Wettlauf der Gläubiger, der aufgrund seiner ineffizienten Ergebnisse vom Insolvenzrecht vielmehr gerade verhindert werden soll.<sup>552</sup>

Aber auch materielle Gerechtigkeitserwägungen stehen einer solchen Bevorzugung entgegen. Denn wenn von *Jungclaus* argumentiert wird, dass die Überwachung des Schuldners für den Gläubiger nicht mehr als die eigenverantwortliche Wahrnehmung seiner Interessen darstellt,<sup>553</sup> so kann dies unter materiellen Gerechtigkeitsaspekten genauso wenig überzeugen, wie die Ansicht, dass der gesicherte Gläubiger zu bevorzugen sei, weil er sich eigenverantwortlich hat Sicherungsrechte einräumen lassen.<sup>554</sup> Vielmehr wird hinsichtlich der Überwachung des Schuldners – wie auch schon bezüglich der Einräumung von Sicherungsrechten – jeder Gläubiger unterschiedliche Möglichkeiten besitzen. Eben aufgrund dieser »strukturellen Informationsasymmetrien«<sup>555</sup> hat der Gesetzgeber schließlich die in § 130 Abs. 3 InsO angeordnete Beweislastumkehr zulasten nahestehender Personen gemäß § 138 InsO geschaffen.<sup>556</sup> Erlangen solche Gläubiger aufgrund ihrer Insiderstellung gegenüber außenstehenden Gläubigern eine bevorzugte Befriedigung, wäre es offenkundig verfehlt, diese als die »Früchte ihrer Wachsamkeit« schützen zu wollen.<sup>557</sup>

Doch auch unter außenstehenden Gläubigern bestehen hinsichtlich ihrer Informationsmöglichkeiten noch erhebliche Unterschiede. Denn als Außenstehender hat der Gläubiger im Ausgangspunkt keinen Einblick in die Vermögensverhältnisse des Schuldners. Er ist deshalb darauf angewiesen, dass der Schuldner ihm die entsprechenden Informationen offenbart. Ob dies passiert, hängt allerdings von zufälligen Gegebenheiten ab, welche für eine Bevorzugung des Bösgläubigen nicht maßgeblich sein dürfen. Zwar könnte argumentiert werden, dass der Gläubiger den Vertragsschluss unter die Bedingung einer solchen Auskunft stellen sollte. Regelmäßig wird der Schuldner dazu jedoch allenfalls bei einer entsprechenden Marktmacht des Gläubigers bereit sein, so dass der schwächere Marktteilnehmer benachteiligt wäre. Beispielsweise wird ein Kreditinstitut oder das Finanzamt von einem Unternehmen ganz andere Informationen erhalten, als der einfache Arbeitnehmer.<sup>558</sup> Darüber hinaus wäre der unfreiwillige Deliktsgläubiger sogar vollständig ungeschützt, weil er sich seinen Schuldner von vornherein nicht aussuchen konnte.

Aber selbst wenn der Schuldner über seine Vermögensverhältnisse Auskunft gibt, ist damit freilich noch nicht gesagt, dass diese Informationen auch korrekt sind. Vielmehr ist durchaus denkbar, dass der Schuldner seine Bonität lediglich vorspielt, um den anderen Teil zur Eingehung des Vertrages zu bewegen. Um solche Betrügereien auszuschließen, müsste jeder Gläubiger einen kostenintensiven Aufwand betreiben, der die Aufdeckung eines Betruges trotzdem nicht in jedem Falle sicherstellen könnte. Dieser Kostenaufwand würde sich fortsetzen, wenn man verlangte, dass sich der Gläubiger auch nach Begründung der Forderung noch laufend über die Bonität des Schuldners informiert.

Soll dieser Kostenaufwand durch das Insolvenzrecht allerdings gerade eingespart werden, bedeutet dies auf der Kehrseite konsequenterweise, dass der einzelne Gläubiger, welcher

---

<sup>552</sup> Vgl. nur *Thole*, Gläubigerschutz, S. 52 f.

<sup>553</sup> *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 265.

<sup>554</sup> Siehe hierzu bereits unter B.II.2)b)bb), Seite 52.

<sup>555</sup> Vgl. *Thole*, Gläubigerschutz, S. 395.

<sup>556</sup> Begründung des RegE, BT-Drucks. 12/2443 S. 161 f.; *MüKo/Gehrlein*, InsO, § 138 Rn. 2.

<sup>557</sup> Dies übersieht offenbar *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 264 wenn er meint, dass sich der gutgläubige Gläubiger um die Bonität seines Schuldners überhaupt nicht gekümmert habe, während der Bösgläubige nur die »Früchte seines eigenverantwortlichen Handelns« einfahre. Vielmehr ist dies bereits im Ausgangspunkt nicht zwingend.

<sup>558</sup> Siehe zur Gutgläubigkeit des Arbeitnehmers etwa BGH, NJW 2009, 1202 Rn. 17; BAG, NZI 2011, 981 Rn. 31 f. Vgl. auch *Brinkmann*, ZJP 125 (2012), 197, 210 f.; *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 422 und 443.

gleichwohl eine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erlangt, nicht etwa die Früchte seiner Wachsamkeit einfahren soll, sondern dazu angehalten ist, einen Insolvenzantrag zu stellen.<sup>559</sup> Hat der Gläubiger hingegen keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, entspricht es gerade einem angemessenen Verkehrsschutz, dass sein gutgläubiger Erwerb geschützt wird.<sup>560</sup> Insofern ist die gegenwärtige Fassung des § 130 InsO also nicht etwa fehlerhaft, sondern vielmehr interessengerecht.

### cc) Normatives Verständnis der Inkongruenz

Spiegelt sich die Betonung des Verkehrsschutzes in § 130 InsO in der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wider, verzichtet hingegen § 131 InsO auf diese Kenntnis. Auf den ersten Blick bildet deshalb zumindest § 131 InsO eine vereinfachte, objektiviertere Form der Deckungsanfechtung, die nur einer konsequenten Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung dient. Allerdings fordert § 131 InsO – gleichsam im Gegenzug zum Verzicht auf die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit – eine Inkongruenz der Deckung, so dass sich bei näherer Betrachtung an der Auslegung eben dieses Merkmals die Unsicherheit über die Wertung der Deckungsanfechtung unweigerlich fortsetzt.

Dabei ist eine Deckung nach dem Wortlaut des § 131 InsO inkongruent, wenn sie der Gläubiger »nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen« hatte, das heißt also, wenn sie vom eigentlichen Inhalt der gedeckten Forderung abgewichen ist. Kann jedoch bereits die präzise Bestimmung des Anspruchsinhalts Schwierigkeiten bereiten, ist allgemein anerkannt, dass nicht jede geringfügige Abweichung vom Anspruchsinhalt zugleich eine Inkongruenz im Sinne des § 131 InsO begründet.<sup>561</sup> Stattdessen wird der Begriff der Inkongruenz unter dem Aspekt einer »besonderen Verdächtigkeit« in einer normzweckgeleiteten Weise verstanden.<sup>562</sup> Das heißt grundsätzlich also, dass eine Inkongruenz erst dann angenommen werden soll, wenn der Abweichung vom Anspruchsinhalt eine Verdächtigkeit innewohnt, die dem Normzweck der Deckungsanfechtung entspricht.

Ein solch normzweckgeleitetes Verständnis setzt freilich voraus, dass die Wertung der Deckungsanfechtung geklärt ist. Tatsächlich zeigt sich allerdings, dass die Frage, welcher Verdacht für das Vorliegen einer Inkongruenz eigentlich genau geschöpft werden muss, entweder offen gelassen oder unterschiedlich beantwortet wird.<sup>563</sup> Wenn in diesem Zusammenhang vielmehr davon die Rede ist, dass die Inkongruenz »generell« eine besondere Verdächtigkeit begründe, welche auch im Rahmen anderer Tatbestände zu berücksichtigen sei,<sup>564</sup> wird die normativierte Handhabung der Inkongruenz letztlich sogar auf den Kopf gestellt. Denn anstatt das Verständnis der Inkongruenz an einer bestimmten Wertung auszurichten, ist tatsächlich zu beobachten, dass umgekehrt versucht wird, verschiedene Wertungen der Inkongruenz zuzuordnen.

### (1) Verschiedene Beweisanzeichen bei Inkongruenz?

Insofern wurde im Rahmen der Vorsatzanfechtung bereits erwähnt, dass die Inkongruenz einer Deckung nahelegen solle, dass der Schuldner den Vorsatz hatte seine Gläubiger zu be-

<sup>559</sup> Im Ergebnis ebenso *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 442.

<sup>560</sup> Richtig *Henckel*, ZIP 1982, 391, 394.

<sup>561</sup> BGH, NZI 2003, 197, 198; *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 131 Rn. 5; *Braun/de Bra*, InsO, § 131 Rn. 7; *MüKo/Kayser*, InsO, § 131 Rn. 11; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 131 Rn. 6.

<sup>562</sup> BGH, NJW-RR 2002, 1417, 1418; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 360.

<sup>563</sup> Vgl. *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 131 Rn. 3; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 131 Rn. 5, die allein darauf hinweisen, dass der Gläubiger »Verdacht« schöpfen müsse.

<sup>564</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 364. Vgl. ebenso *MüKo/Kayser*, InsO, § 133 Rn. 30; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 104.

nachteiligen, weshalb die Inkongruenz als dahingehendes »erhebliches Beweisanzeichen« fungiere.<sup>565</sup> Dem entspricht es, dass die wohl herrschende Auffassung gerade aufgrund einer so verstandenen Verdächtigkeit zumindest die Vorschrift des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO in der Systematik der Tatbestände wie gesehen der Vorsatzanfechtung zurechnet.<sup>566</sup> Allerdings stößt diese Verknüpfung zwischen Inkongruenz und Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bereits deshalb auf Bedenken, weil mit einer solchen Auslegung der Inkongruenz zugleich eine schuldnerbezogene Sicht in § 131 InsO Einzug erhalte, obwohl diese Vorschrift als Deckungsanfechtung nicht einmal eine Handlung des Schuldners voraussetzt, sondern vielmehr reine Gläubigerhandlungen bereits ausreichen lässt.<sup>567</sup>

Wird deshalb zu Recht zumindest auch die Perspektive des Anfechtungsgegners bemüht, werden der Inkongruenz von der Rechtsprechung allerdings verschiedene weitere Beweisanzeichen zugeordnet. So lege eine inkongruente Deckung eine Kenntnis des Gegners von der Benachteiligung der Gläubiger nahe, falls er zum Zeitpunkt der Handlung vom finanziellen Engpass des Schuldners wusste.<sup>568</sup> Allerdings könne die Inkongruenz den Verdacht einer solchen wirtschaftlichen Krise des Schuldners ebenso begründen.<sup>569</sup> Soweit dabei regelmäßig die zusätzliche Möglichkeit einer Vorsatzanfechtung im Raum steht, würde die Inkongruenz zudem ein starkes Beweisanzeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Vorsatz des Schuldners bilden.<sup>570</sup>

Insofern zeigt sich also, dass der Inkongruenz eine Vielzahl von Verdachtsmomenten beigegeben wird, anstatt umgekehrt an einem bestimmten Verdacht das Verständnis der Inkongruenz auszurichten. Dies ist nur deshalb möglich, weil es in der Diskussion an einer klaren Wertung fehlt, die bei der Auslegung der Inkongruenz herangezogen werden könnte. Insbesondere bietet der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung hierbei keinen Mehrwert, weil sich die Unterscheidung zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen mit einer Gleichbehandlung der Gläubiger wie erwähnt nicht erklären lässt. Insofern wird von *Thole* zu Recht angeführt, dass die *par conditio creditorum* für eine Abgrenzung zwischen der Kongruenz gemäß § 130 InsO und der Inkongruenz gemäß § 131 InsO nicht fruchtbar gemacht werden kann, wenn man zugleich doch der Ansicht ist, dass beide Tatbestände gemeinsam ihrer Verwirklichung dienen.<sup>571</sup>

Stellt man hingegen mit der hier vertretenen Auffassung nicht die *par conditio creditorum*, sondern den Gedanken des Verkehrsschutzes in den Vordergrund, lässt sich relativ leicht ermitteln, welcher Verdacht für das Vorliegen einer Inkongruenz geschöpft werden muss. Denn während hiermit einerseits die Perspektive des Anfechtungsgegners vorgegeben ist, zeigt sich andererseits anhand der Regelung des § 130 InsO, wann der Gegner im Falle einer Deckungsanfechtung nicht mehr schutzwürdig ist: nämlich wenn er von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Kenntnis hatte. In eben diesem Sinne weist *Henckel* zu Recht darauf hin, dass bei der inkongruenten Deckung für einen Schutz des Gutgläubigen dieselben Argumente spre-

---

<sup>565</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff(3), Seite 95.

<sup>566</sup> Vgl. bereits unter B.III.2)a), Seite 72.

<sup>567</sup> Kritisch deshalb auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 382.

<sup>568</sup> BGH, NJW 2004, 1385, 1386 f.

<sup>569</sup> BGH, NJW-RR 1999, 272, 274; NJW-RR 2002, 1417, 1418; ZIP 2010, 1188 Rn. 5; MüKo/*Kayser*, InsO, § 131 Rn. 1. Vgl. auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159.

<sup>570</sup> BGH, NJW-RR 2010, 1428 Rn. 15; NJW 2006, 1348 Rn. 23; NJW 2004, 1385, 1387; NZI 1999, 152, 153.

<sup>571</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 361; ebenso *Klinck*, Grundlagen, S. 333 ff. Vgl. zudem BGH NJW 1997, 3445, 3446. Anders aber *Schoppmeyer*, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 8 Rn. 108, der die Sicherung einer erst zukünftigen Forderung wegen einer Beeinträchtigung der Gläubigergleichbehandlung als inkongruent einstuft. Vgl. zudem *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 564, nach dem eine inkongruente Deckung nicht im Verhältnis zum Schuldner, sondern als »atypische Tilgung zu den übrigen Konkursgläubigern« zu beurteilen sei.

chen, wie schon bei der kongruenten Deckung.<sup>572</sup> Wenn er insofern ausführt, dass jedoch »bei der inkongruenten Deckung die objektiven Umstände bereits so verdächtig [sind], daß es gerechtfertigt erscheint, die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners unwiderleglich zu vermuten«, muss eben dies der Maßstab für die Beurteilung einer Inkongruenz sein.

## (2) Weite Auslegung der Inkongruenz wegen Gläubigergleichbehandlung?

Eine solche Handhabung des Merkmals der Inkongruenz würde letztlich zu einem normativen Gleichlauf zwischen § 130 InsO und § 131 InsO führen. Allenfalls insoweit könnte die Wertung einer Gläubigergleichbehandlung für das Verständnis der Inkongruenz fruchtbar gemacht werden. Dem entspricht es, dass *Klinck* konsequenterweise fordert, dass gerade im Sinne einer Gleichbehandlung der Gläubiger ein »Gleichklang« zwischen § 130 InsO und § 131 InsO herzustellen sei.<sup>573</sup> Allerdings würde ein solcher Gleichklang im Ergebnis ebenso bedeuten, dass man die Einschränkungen des § 130 InsO für den § 131 InsO weitgehend übernimmt, so dass selbst im Falle inkongruenter Deckungen die *par conditio creditorum* – zumindest im Verhältnis zwischen den befriedigten und den unbefriedigten Gläubigern – letztlich nicht konsequent durchgesetzt würde.

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, lehnt die herrschende Meinung einen Gleichklang zwischen § 130 InsO und § 131 InsO ab. Stattdessen wird verbreitet immer wieder betont, dass die konsequente Durchsetzung der Gleichbehandlung der Gläubiger eine möglichst weite Handhabung der erleichterten Anfechtung nach § 131 InsO erfordere, während die Kongruenz nach § 130 InsO nur unter »strengen Maßstäben« zu bejahen sei.<sup>574</sup> In diesem Sinne wird die Einordnung einer Deckung als kongruent vom BGH wie erwähnt sogar als »Durchbrechung« der *par conditio creditorum* angesehen, so dass er für die Anwendbarkeit des § 130 InsO darauf abstellen möchte, ob eine Ungleichbehandlung der Deckungen gerechtfertigt werden könne.<sup>575</sup> Will man dessen ungeachtet allerdings dabei bleiben, dass § 130 InsO die Geltung der *par conditio creditorum* eigentlich nicht durchbricht, sondern wie § 131 InsO im Gegenteil ihrer Verwirklichung dient, kann dies nach der herrschenden Meinung im Verhältnis zu § 131 InsO also nur noch in einem abgestuften Sinne verstanden werden.

## (3) Interessenabwägung als Abgrenzungskriterium der Inkongruenz?

Aber selbst mit einem normativ abgestuften Verständnis der Deckungsanfechtung ist nicht viel gewonnen, weil hierdurch handfeste Kriterien für die Unterscheidung zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen nicht geschaffen werden. Denn indem die Kongruenz einer Deckung begründungsbedürftig wird, ist freilich nicht mehr vorgegeben, als dass im Zweifel eben von ihrer Inkongruenz auszugehen sein müsste. Welche Wertungskriterien jedoch eine andere Beurteilung rechtfertigen, bleibt auch bei einer solchen Sichtweise noch ungeklärt. Während die Literatur insofern auf die Verkehrssitte und Handelsbräuche<sup>576</sup> hinweist oder zu bedenken gibt, dass eine inkongruente Deckung wertungsmäßig bereits einer Schenkung nahe stünde,<sup>577</sup> fragt der BGH wiederum im jeweiligen Einzelfall danach, ob der Gläubiger ein »rechtlich geschütztes Interesse«<sup>578</sup> an der Deckung habe und beantwortet dies insbesondere nach Abwägung zwischen dem Deckungsinteresse des einzelnen Gläubigers, den

<sup>572</sup> *Henckel*, ZIP 1982, 391, 396.

<sup>573</sup> *Klinck*, Grundlagen, S. 338.

<sup>574</sup> BGH, NZI 2003, 197, 198; MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 11; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 131 Rn. 6.

<sup>575</sup> BGH, NJW 2002, 1722, 1723.

<sup>576</sup> Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 131 Rn. 5; Braun/de Bra, InsO, § 131 Rn. 7; MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 11; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 131 Rn. 6.

<sup>577</sup> *Henckel*, ZIP 1982, 391, 396; ihm folgend MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 1; Uhlenbruck/Hirte, InsO (13. Aufl. 2010), § 131 Rn. 1. Kritisch hingegen *Klinck*, Grundlagen, S. 337.

<sup>578</sup> BGH, NJW 2004, 1385, 1386.



berechtigten Belangen des Schuldners und dem Schutz der Gläubigergesamtheit.<sup>579</sup> Insofern sei § 131 InsO also derart auszulegen, »dass sich eine die berechtigten Interessen aller Beteiligten berücksichtigende ausgewogene anfechtungsrechtliche Gesamtlösung ergibt.«<sup>580</sup>

Auf diesem Wege hält sich der BGH letztlich alle Möglichkeiten offen. So ist es zwar ständige Rechtsprechung, dass AGB-Pfandrechte von Banken an eingehenden Gutschriften des Kontoinhabers zu inkongruenten Sicherungen führen sollen, da ein vertraglicher Sicherungsanspruch des Gläubigers nur kongruent gedeckt werden könne, wenn er sich auf einen von vornherein individualisierbaren Gegenstand richte.<sup>581</sup> Aufgrund einer abweichenden Interessenabwägung gelte allerdings anderes hinsichtlich einer Globalzession und den von ihr erfassten, freilich ebenfalls nicht individualisierten Kundenforderungen.<sup>582</sup> Es wundert dementsprechend nicht, wenn zu Recht kritisiert wird, dass es sich bei der Abgrenzung zwischen § 130 InsO und § 131 InsO nur um vage Wertungsgesichtspunkte handle und die Ergebnisse der Rechtsprechung wenig vorhersehbar seien.<sup>583</sup>

#### **dd) Zwischenfazit**

Hinsichtlich der Deckungsanfechtung kann festgehalten werden, dass der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung als ihre vermeintlich klare Wertungsgrundlage für das Verständnis der §§ 130, 131 InsO in Wahrheit keinen Mehrwert bietet. Insofern hat sich gezeigt, dass die Idee einer insolvenzbedingten Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung weder erklären kann, weshalb bei einer Überschuldung des Schuldners eine Deckungsanfechtung nicht einschlägig ist, noch weshalb in den §§ 130, 131 InsO überhaupt zwischen einer kongruenten und einer inkongruenten Deckung unterschieden wird. Vielmehr wurde deutlich, dass gerade hinsichtlich der Abgrenzung zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen eine weitgehende Orientierungslosigkeit besteht, weil es an einem klaren Leitgedanken fehlt, der dem Begriff der Inkongruenz eine bestimmte Wertung beimessen könnte.

Wenn der BGH deshalb letztlich auf eine vage Interessenabwägung ausweicht, wird aber selbst im Rahmen der Deckungsanfechtung wieder auf Kasuistik zurückgegriffen, um den Anwendungsbereich der Tatbestände festzulegen. Demgegenüber müsste zur Überwindung einer solch einzelfallbezogenen Vorgehensweise statt der *par conditio creditorum* der Gedanke des Verkehrsschutzes in den Vordergrund gerückt werden.

---

<sup>579</sup> BGH, NJW 2008, 430 Rn. 25.

<sup>580</sup> BGH, NJW 2008, 430 Rn. 32.

<sup>581</sup> BGH, NJW 1961, 408; NJW 1999, 645, 646; NJW 2002, 1722, 1723.

<sup>582</sup> BGH, NJW 2008, 430 Rn. 17. Zur Begründung führt der BGH in Rn. 34 unter anderem die Bedeutung der Globalzession zur Krediterlangung mittelständischer Unternehmen an, weshalb sie nicht durch eine erleichterte Anfechtbarkeit entwertet werden dürfe.

<sup>583</sup> Thole, Gläubigerschutz, S. 360 f.

**e) Anfechtung unmittelbar nachteiliger Handlungen**

Die geringste normative Orientierung besteht nach dem Ansatz der herrschenden Meinung hingegen beim Tatbestand des § 132 InsO. Nach diesem Tatbestand sind unmittelbar nachteilige Handlungen, welche der zahlungsunfähige Schuldner innerhalb von drei Monaten vor dem Insolvenzantrag vorgenommen hat, anfechtbar, wenn dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bekannt war. Aus Sicht der diskutierten Systematisierungsansätze befindet sich § 132 InsO an einer Schnittstelle. Einerseits handelt es sich um einen besonderen insolvenzspezifischen Tatbestand, der deshalb herkömmlicherweise mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung gerechtfertigt wird.<sup>584</sup> Andererseits setzt er gleichwohl eine Handlung des Schuldners voraus, weshalb § 132 InsO nach abweichender Ansicht in seiner Wertung auf ein schuldnerisches Fehlverhalten abstelle und somit der schuldnerbezogenen Anfechtung zuzuordnen sei.<sup>585</sup>

Es wurde schon dargelegt, dass nach hier vertretener Auffassung beide Versuche den Tatbestand materiell zu begründen, nicht zu überzeugen vermögen. Stattdessen lässt sich an § 132 InsO zeigen, dass bereits die grundlegende Idee einer materiell zweispurigen Systematisierung des Anfechtungsrechts in Wahrheit gekünstelt erscheint.

**aa) Die Rolle als Auffangtatbestand**

§ 132 InsO hat durch die Insolvenzrechtsreform gegenüber der Vorgängervorschrift zwei wesentliche Veränderungen erfahren, so dass der Anwendungsbereich merklich erweitert wurde. Denn wie erwähnt wurde die direkte Nachfolgeregelung des § 132 Abs. 1 InsO auf einseitige Rechtsgeschäfte wie etwa Kündigungen erstreckt, so dass die Bewertung eines Leistungsaustauschs einerseits nur noch eine der Konstellationen darstellt, welche die neue Vorschrift unter anderem im Blick hat.<sup>586</sup> Andererseits wurde mit der Einführung von Absatz 2 des § 132 InsO laut der Begründung des Regierungsentwurfs zudem ein »Auffangtatbestand« zu Absatz 1 geschaffen.<sup>587</sup>

Ist es jedoch die Funktion eines Auffangtatbestandes, die hinter dem engeren Tatbestand stehende Wertung auf weitere Konstellationen zu erstrecken, wird durch die Einführung von Absatz 2 nicht nur das hergebrachte Verständnis von Absatz 1 des § 132 InsO auf die Probe gestellt, sondern auch das der Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO. Denn nach herrschender Auffassung bildet § 132 Abs. 1 InsO im Verhältnis zu den §§ 130, 131 InsO wiederum selbst einen Auffangtatbestand.<sup>588</sup> Für die Rolle des neu eingefügten § 132 Abs. 2 InsO bedeutete dies also im Endeffekt, dass dieser als „Auffangtatbestand des Auffangtatbestands“ die gemeinsame Grundwertung der gesamten als besondere Insolvenzanfechtung bezeichneten Vorschriften in ihrer Reinform bezeugen müsste.

**bb) Gespaltenes Verständnis des § 132 InsO?**

Einem solchen Verständnis des Absatzes 2 von § 132 InsO als Auffangtatbestand kann freilich nicht gefolgt werden, wenn die besondere Insolvenzanfechtung nach herkömmlicher Ansicht mit der Vorziehung der *par conditio creditorum* normativ begründet wird. Für die tradi-

<sup>584</sup> BGH, NJW 2005, 1121, 1122; MüKo/Kirchhof, InsO, § 132 Rn. 1; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.05 und 21.66. Siehe bereits unter B.III.2)c), Seite 73.

<sup>585</sup> Thole, ZfP 121 (2008), 67, 80 f. Siehe bereits unter B.III.3)b), Seite 77 f.

<sup>586</sup> Siehe nur MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 9.

<sup>587</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159. Dem folgend die herrschende Meinung, siehe BGH, NJW 2012, 2507 Rn. 40; MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 20; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 132 Rn. 4; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 132 Rn. 12.

<sup>588</sup> Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 132 Rn. 1; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 132 Rn. 3. Vgl. auch BGH, aaO, wonach unter § 132 Abs. 2 InsO gerade diejenigen Rechtshandlungen fallen sollen, die weder von §§ 130, 131 InsO noch von § 132 Abs. 1 InsO erfasst wären.

tionelle Sichtweise ist § 132 Abs. 2 InsO stattdessen wie gesehen einer der drängendsten Problemfälle, weil er sich eben nicht auf eine Gläubigergleichbehandlung zurückführen lässt und daher zu einer materiellen Negativabgrenzung zwingt.<sup>589</sup> Diese Negativabgrenzung führt jedoch zu einem gespaltenen Verständnis des § 132 InsO, in welchem die Absätze 1 und 2 trotz ihrer systematischen Stellung als Unterfälle desselben Paragraphen, sowie ungeachtet ihrer größtenteils identischen Anfechtungsvoraussetzungen auf gänzlich unterschiedlichen Wertungsgrundlagen basieren sollen.<sup>590</sup> Insofern geht man verbreitet davon aus, dass Absatz 2 tatsächlich einen »selbständigen Tatbestand« darstellt, welcher besser »in einem eigenen Paragraphen« aufgenommen worden wäre.<sup>591</sup> Hinsichtlich der vom Gesetzgeber gleichwohl vorgenommenen Regelung unter § 132 InsO handle es sich hingegen nur um einen »technischen „Trick“«,<sup>592</sup> bei der Absatz 2 lediglich aufgrund seiner geringfügig modifizierten Voraussetzungen »unsystematisch« mit Absatz 1 verbunden wurde.<sup>593</sup>

Folgt man einem solchen materiell dualistischen Verständnis des § 132 InsO, enthält dieser zwei Tatbestände, deren Grenzlauf bei genauerer Betrachtung mit der Unterteilung in Absatz 1 und 2 allerdings nicht übereinstimmen kann. Denn erfasst Absatz 1 seit der Insolvenzrechtsreform ebenfalls einseitige Rechtsgeschäfte wie Kündigungen, weist *Häsemeyer* richtigerweise darauf hin, dass auch nach Absatz 1 Rechtsgeschäfte anfechtbar sind, aufgrund derer der Schuldner nur ein Recht gegen seinen eigenen Schuldner verliert, weshalb auch insofern die *par conditio creditorum* nicht als Legitimationsgrund herangezogen werden kann.<sup>594</sup>

Deshalb ordnet *Häsemeyer* diesen erweiterten Regelungsbereich von Absatz 1 rechtsdogmatisch bereits Absatz 2 zu,<sup>595</sup> mit der Folge, dass die Grenzziehung zwischen den „beiden“ Tatbeständen des § 132 InsO tatsächlich schon innerhalb von Absatz 1 erfolgen müsste. Danach stelle der eigentliche »Regelungskern« des Absatzes 1 weiterhin die Anfechtung unausgeglichener gegenseitiger Verträge dar,<sup>596</sup> was durch die »unsystematische Gesetzestechnik« jedoch »geradezu verborgen« werde.<sup>597</sup> Der »Regelungsrest«, zu dem auch Absatz 2 gehöre, diene hingegen nicht der Gleichbehandlung der Gläubiger, sondern schütze lediglich vor Masseschmälerungen.<sup>598</sup> Dabei räumt *Häsemeyer* freilich bereits selbst ein, dass eine solche Konzeption des § 132 InsO »eher diffus« anmutet.<sup>599</sup> Sie ist jedoch das konsequente Auslegungsergebnis der Grundsätze der herrschenden Meinung.

### cc) Unanwendbarkeit auf Erfüllungsgeschäfte?

Geht man gleichwohl von einem gespaltenen Verständnis des § 132 InsO aus, zwingt dies in der Anwendung dazu, die anzufechtende Rechtshandlung dem einen oder anderen Absatz zuzuordnen. Auf diesem Wege entsteht allerdings Unklarheit über den Anwendungsbereich der Vorschrift insgesamt, was sich insbesondere an der Diskussion darüber zeigt, ob Erfüllungsgeschäfte

<sup>589</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.09 und insbesondere 21.73. Siehe dazu auch unter B.III.2)c)bb), Seite 74.

<sup>590</sup> *Schoppmeyer*, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 9 Rn. 2. Vgl. auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.72 f.; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 36.

<sup>591</sup> *Jaeger/Henckel*, aaO; ebenso *HambKomm/Rogge/Leptien*, § 132 Rn. 14; *MüKo/Kayser*, InsO, § 132 Rn. 20; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 12 *Schoppmeyer*, aaO. Im Ergebnis zustimmend auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 428.

<sup>592</sup> *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 6.

<sup>593</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.09 und 21.72.

<sup>594</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.73. Vgl. auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 424.

<sup>595</sup> *Häsemeyer*, aaO.

<sup>596</sup> Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.66. Im Ergebnis ebenso *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 103; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 430; *MüKo/Kayser*, InsO, § 132 Rn. 1; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 9. Siehe auch bereits unter B.III.2)c)aa), Seite 73.

<sup>597</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.06.

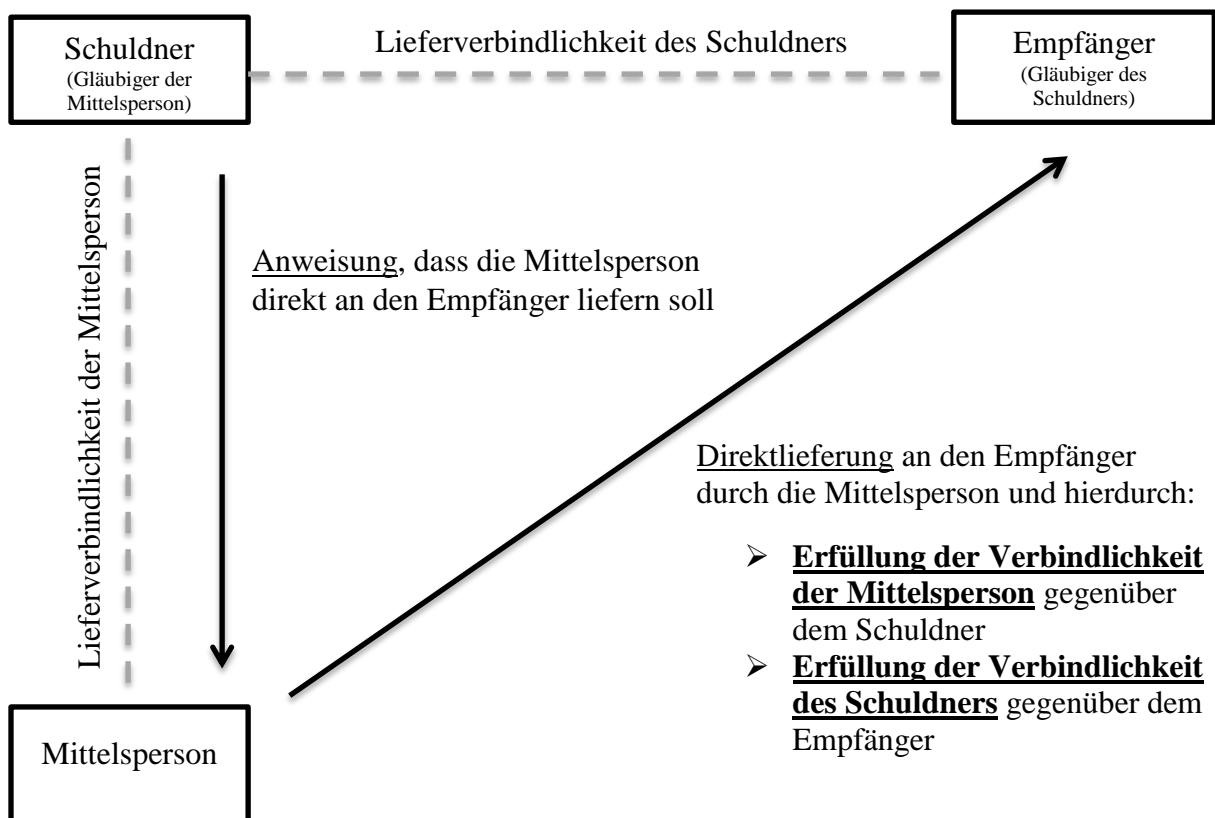
<sup>598</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.72 f.

<sup>599</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.74.

geschäfte in ihrer Eigenart als Verfügungsgeschäfte von § 132 InsO ausgeklammert werden sollen.<sup>600</sup> Dabei sind Verfügungsgeschäfte entweder als »Rechtsgeschäft« (Absatz 1) oder Handlungen, »durch die der Schuldner ein Recht verliert« (Absatz 2), regelmäßig ohne weiteres vom Wortlaut des § 132 InsO erfasst.<sup>601</sup> In diesem Sinne bilden sie sogar nicht weniger als die Schnittmenge des Regelungsbereichs beider Absätze, weshalb sie nach hier vertretener Auffassung unproblematisch in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallen müssten.

Demgegenüber ist die Anwendbarkeit des § 132 InsO auf Erfüllungsgeschäfte keineswegs geklärt. Während dies im Zweipersonenverhältnis zwar im Ergebnis irrelevant ist, weil hier alternativ auch auf die Deckungsanfechtung zurückgegriffen werden kann, muss dieser Rückgriff jedoch bereits nach dem eindeutigen Wortlaut der §§ 130, 131 InsO scheitern, wenn die Handlung nicht gegenüber dem Insolvenzgläubiger, sondern gegenüber einem Dritten vorgenommen wurde.<sup>602</sup> Dabei kommt die Einschaltung eines Dritten im Rahmen eines Erfüllungsvorganges insbesondere bei mittelbaren Zuwendungen in Form der klassischen Anweisungsfälle vor. Denn bei diesen leistet die Mittelsperson einerseits nicht an den Schuldner, sondern auf dessen Anweisung gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB an einen dritten Empfänger, während andererseits die Mittelsperson nicht nur ihre eigene Verbindlichkeit erfüllt, sondern gemäß §§ 267, 326 Abs. 1 BGB zugleich auch die für sie fremde Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem Empfänger.

*Illustration:*



<sup>600</sup> So Jaeger/Henckel, InsO, § 132 Rn. 12 und 36; Thole, Gläubigerschutz, S. 431 ff. Zu Recht Erfüllungsgeschäfte einbeziehend hingegen Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 132 Rn. 3; MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 8; wohl auch Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.66.

<sup>601</sup> Insofern auch noch Kummer/Schäfer/Wagner/Schäfer, Insolvenzanfechtung, E 27; Thole, Gläubigerschutz, S. 431.

<sup>602</sup> BGH, NJW-RR 2004, 983, noch für § 30 Nr. 2 KO. Siehe auch Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 52; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 130 Rn. 23; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 143 und 168 ff.; Henckel, ZIP 2004, 1671.

In einer solchen Konstellation werden durch die Direktlieferung also sowohl die Verbindlichkeit des Schuldners als auch jene der Mittelspersons gedeckt. Weil beide Erfüllungsvorgänge jedoch nicht unmittelbar zwischen Forderungsinhaber und Forderungsgegner stattfinden, sondern beide Male ein Dritter zwischengeschaltet wird, kommt hier in der Doppelsolvenz des Schuldners und der Mittelsperson nicht nur jeweils eine Deckungsanfechtung gegenüber dem jeweiligen Gläubiger in Betracht, sondern auch eine Anfechtung gemäß § 132 InsO gegenüber dem jeweiligen Dritten. In der Folge erfährt hier die Frage, in welchem Verhältnis die Anfechtung gemäß § 132 InsO zur Deckungsanfechtung steht, eine erhebliche Relevanz.

### **(1) Vorrang der Deckungsanfechtung bei mittelbaren Zuwendungen?**

Die herrschende Meinung geht grundsätzlich zu Recht davon aus, dass § 132 InsO von §§ 130, 131 InsO als *lex specialis* verdrängt wird, so dass der Deckungsanfechtung gegenüber § 132 InsO ein Anwendungsvorrang zukommt.<sup>603</sup> Eben diesen Anwendungsvorrang der Deckungsanfechtung möchte der BGH bei mittelbaren Zuwendungen allerdings auch zur Erklärung einer vorrangigen Anfechtung innerhalb des Kausalverhältnisses heranziehen. Danach sei in der Insolvenz des Schuldners eine Anfechtung nach § 132 InsO gegen die Mittelsperson ausgeschlossen, wenn eine Anfechtungsmöglichkeit gemäß §§ 130, 131 InsO gegen den dritten Empfänger bestünde.<sup>604</sup> Umgekehrt könne sich wiederum der Insolvenzverwalter einer Mittelsperson, welche mit der Leistung an den Empfänger gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB eine fremde Schuld erfüllt habe, für eine Anfechtung gegen den Empfänger auf § 132 InsO allenfalls nach einer »umfassende[n] Interessenabwägung« berufen,<sup>605</sup> so dass er sich vorrangig über §§ 130, 131 InsO an den Schuldner halten müsse.

Diese Argumentation weiß bei näherer Betrachtung allerdings nicht zu überzeugen. Insofern wurde von *Lüke* zu Recht angemerkt, dass sich der Anwendungsvorrang der Deckungsanfechtung als *lex specialis* zu § 132 InsO nur auf das Zweipersonenverhältnis bezieht, das heißt, soweit die Anfechtungsmöglichkeiten gegen denselben Anfechtungsgegner betroffen sind.<sup>606</sup> Denn weil die Deckungsanfechtung stets eine Anfechtung gegen den Insolvenzgläubiger voraussetzt, kann sie aufgrund ihrer Spezialität auch nur für diese Konstellationen dem § 132 InsO vorgehen, während die Anfechtung gegen einen Dritten bereits von vornherein außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 130, 131 InsO liegt. Dann kann im Dreipersonenverhältnis die Deckungsanfechtung aber auch keine vorrangige Spezialregelung darstellen. Um hier eine Anwendung des § 132 InsO auszuschließen, müsste vielmehr direkt am Regelungsinhalt des Tatbestands selbst angesetzt werden. In diesem Sinne wäre es also erforderlich, Erfüllungsgeschäfte von § 132 InsO bereits tatbestandlich auszuklammern.<sup>607</sup>

---

<sup>603</sup> BGH, NJW 1999, 3636, noch zu § 30 KO; Braun/*de Bra*, InsO, § 132 Rn. 3; MüKo/*Kayser*, InsO, § 132 Rn. 5 und 8; Nerlich/*Römermann/Nerlich*, InsO, § 132 Rn. 8 f.; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 4. Vgl. außerdem die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159, wonach für den Anwendungsbereich des § 132 InsO klargestellt wird, dass bezüglich der Anfechtung von Deckungen die besonderen Vorschriften der §§ 130, 131 InsO gelten.

<sup>604</sup> BGH, NJW 1999, 3636; NJW 2012, 2507, Rn. 40; ebenso Kübler/*Prütting/Bork/Schoppmeyer*, InsO, § 132 Rn. 8; MüKo/*Kayser*, aaO; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 4a; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 882.

<sup>605</sup> BGH, NJW-RR 2004, 983, 984; siehe ebenso *Thole*, Gläubigerschutz, S. 433; Uhlenbruck/*Hirte*, InsO (13. Aufl. 2010), § 132 Rn. 4. Die Anfechtung gemäß § 132 InsO gegenüber dem Empfänger gänzlich ausschließend Kübler/*Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 53; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 215 f.; *Hu-ber*, ZInsO 2010, 977 f. Im Ergebnis auch *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 66 und 197 ff. Zu Recht anders aber FK/*Dauernheim*, InsO, § 132 Rn. 2; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 8.

<sup>606</sup> *Lüke*, ZIP 2001, 1, 3; insoweit auch noch Kübler/*Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 36; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 122 und 213 f.; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 144.

<sup>607</sup> Vgl. insofern auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 432 f. und der Ansatz von Kübler/*Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 54.

## (2) Tatbestandliche Ausklammerung von Erfüllungsgeschäften?

Eben eine solche tatbestandliche Ausklammerung wird durch ein normativ gespaltenes Verständnis des § 132 InsO jedoch möglich. Denn die Aufspaltung erlaubt beide Absätze von § 132 InsO gegenseitig so weit abzugrenzen, dass die gemeinsame Schnittmenge entfällt und Erfüllungsgeschäfte als Verfügungsgeschäfte von beiden Absätzen tatbestandlich nicht umfasst sein sollen. Insofern wurde schon dargelegt, dass die Einschränkung des § 132 Abs. 1 InsO auf unausgeglichene gegenseitige Verträge indirekt auch für die Auslegung der tatbestandlich geforderten »unmittelbaren Nachteiligkeit« herangezogen wird, so dass insbesondere *Henckel* der Auffassung ist, dass abstrakte Verfügungsgeschäfte mangels unmittelbarer Nachteiligkeit von Absatz 1 nicht erfasst sein können.<sup>608</sup>

Selbst wenn man dem folgen sollte, müssten Verfügungsgeschäfte allerdings zumindest unter Absatz 2 fallen. Denn danach sind Handlungen, durch die der Schuldner ein Recht verliert, den unmittelbar nachteiligen Rechtsgeschäften ausdrücklich »gleichgestellt«. *Henckel* merkt dementsprechend auch richtigerweise an, dass es sich bei Absatz 2 um Handlungen mit »verfügungsähnlicher Wirkung« handle.<sup>609</sup> Jedoch seien *rechtsgeschäftliche* Verfügungen von Absatz 2 wiederum nicht erfasst, da die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften allein in Absatz 1 geregelt sei, welcher jedoch Verfügungsgeschäfte gerade ausschließe.<sup>610</sup>

Eine solche Lücke im Anwendungsbereich des § 132 InsO widerspräche jedoch nicht nur der Rolle des Absatzes 2 als Auffangtatbestand zu Absatz 1, sondern hätte darüber hinaus zur Folge, dass mit Erfüllungsgeschäften genau diejenigen Handlungen von § 132 InsO pauschal ausgeschlossen würden, bei denen eine Gläubigerkonkurrenz par excellence besteht. Führt man den § 132 InsO mit der herrschenden Meinung auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung zurück, muss dies verwundern.<sup>611</sup>

Daher bietet *Thole* eine alternative Begründung der tatbestandlichen Ausklammerung von Erfüllungsgeschäften an, wenn er § 132 InsO einerseits als einen Unterfall der Vorsatzanfechtung versteht,<sup>612</sup> der ein »fraudulöses Verhalten« des Schuldners respektive eine gesteigerte »soziale Inadäquanz« erfordere, welche andererseits bei Erfüllungsgeschäften »als solche« regelmäßig nicht vorliege und diese daher von § 132 InsO nicht erfasst seien.<sup>613</sup> Diese Begründung passt allerdings nicht mehr recht zu der These, dass auch Erfüllungsgeschäfte aufgrund einer besonderen Verdächtigkeit in der Nähe der Vorsatzanfechtung stehen sollen, nämlich wie gesehen spätestens dann, wenn sie inkongruent erfolgen.<sup>614</sup>

## (3) Vorrang entsprechend der haftungsrechtlichen Zuordnung

Die Versuche, bei Erfüllungsgeschäften eine Unanwendbarkeit des § 132 InsO zu begründen, sind denn auch nur dem Ziel geschuldet, bei mittelbaren Zuwendungen eine Konkurrenz mit der Deckungsanfechtung im Ergebnis auszuschließen. So wird sowohl vom BGH als auch in der Literatur insbesondere auf die ansonsten bestehende Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Empfängers hingewiesen, welche in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mit-

<sup>608</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 111 und § 132 Rn. 12. Für Erfüllungsgeschäfte aufgrund des Vorteils der Schuldtilgung im Ergebnis auch Kübler/Prütting/Bork/*Brinkmann*, aaO. Siehe zur Kritik hieran allerdings bereits unter B.I.2)c)aa), Seite 38.

<sup>609</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 117.

<sup>610</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 36.

<sup>611</sup> Treffend *Thole*, ZZP 121, 67, 80 f.

<sup>612</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 424 f.

<sup>613</sup> *Thole*, Gläubigerschutz, S. 432 f.

<sup>614</sup> So *Thole*, Gläubigerschutz, S. 364. Siehe dazu auch schon unter B.IV.2)a)ff)(3), Seite 95 und B.IV.2)d)cc)(1), Seite 109.

telsperson bestünde.<sup>615</sup> Denn wenn gegenüber dem Empfänger nicht nur eine Deckungsanfechtung zugunsten des Insolvenzverwalters des Schuldnervermögens möglich wäre, sondern daneben über § 132 InsO auch noch eine Anfechtung zugunsten des Verwalters des Mittelvermögens, müsste der Empfänger die einmal erhaltene Lieferung zweimal zurückgewähren. Ein solches Ergebnis soll über den Vorrang der Deckungsanfechtung also verhindert werden.

Auch wenn einzuräumen ist, dass es tatsächlich sachgerechter erscheint, dass der Empfänger die einmal erhaltene Lieferung grundsätzlich auch nur einmal zurückgewähren muss, kann zur Begründung dieses Ergebnisses jedoch ein Vorrang der §§ 130, 131 InsO gegenüber § 132 InsO selbst auf Basis der herrschenden Meinung nicht überzeugen. Denn wenn nach dem herkömmlichen Verständnis zumindest Absatz 1 von § 132 InsO auf derselben Wertungsgrundlage basieren soll wie die Deckungsanfechtung, ist zur Lösung dieser Konkurrenzsituation eine Argumentation anhand der Tatbestände tatsächlich nicht geeignet. Insbesondere ist nicht gesagt, dass § 132 InsO bei einer Konkurrenz mit der Deckungsanfechtung zurücktreten müsste.

Dem entspricht es, dass in der Literatur insbesondere von *Brinkmann* ein »generelles „Vorrangverhältnis“« auf Tatbestandsebene zu Recht abgelehnt wird.<sup>616</sup> Stattdessen wird darauf hingewiesen, dass bei konkurrierenden Anfechtungsansprüchen im Dreipersonenverhältnis demjenigen Insolvenzverwalter der Vorrang gebühre, welchem der verschobene Vermögenswert »haftungsrechtlich zusteht«.<sup>617</sup> Diesem Ansatz ist beizupflichten. Denn bereits im Zweipersonenverhältnis wird die Konkurrenz von Haftungsmassen anhand der haftungsrechtlichen Zuordnung des Vermögenswertes gelöst. So ist etwa Treugut in der Insolvenz des Treuhänders gemäß § 47 InsO aussonderungsfähig, weil der Gegenstand den Gläubigern des Treuhänders haftungsrechtlich nicht zugeordnet ist.<sup>618</sup>

Überträgt man diese Überlegungen auf konkurrierende Anfechtungsansprüche gegen den Empfänger einer mittelbaren Zuwendung, muss folglich dem Insolvenzverwalter desjenigen Vermögens der Vorrang zukommen, welcher den verschobenen Gegenstand in der konkurrierenden Haftungsmasse hätte aussondern können. Wie im zweiten Teil der Arbeit noch näher auszuführen sein wird, hängt dies davon ab, wem am Gegenstand ein sogenanntes Interventionsrecht zustand. Ob sich der Verwalter gegenüber dem Empfänger auf eine Deckungsanfechtung oder auf § 132 InsO beruft, kann es hingegen nicht entscheidend ankommen. Auch insofern können die Anfechtungstatbestände von einer Lösungsfindung vielmehr entlastet werden.

#### **dd) Schutz eines gleichwertigen Leistungsaustauschs als Normzweck?**

Die normative Aufspaltung des § 132 InsO in zwei getrennte Tatbestände hat neben dem Ausschluss von Erfüllungsgeschäften allerdings den wohl nicht unerwünschten Nebeneffekt, dass auf Absatz 1 von § 132 InsO zumindest die teilweise Übertragung des noch zur Vorgängerregelung des § 30 Nr. 1 Fall 1 KO entwickelten Verständnisses möglich wird. Denn auf diesem Wege kann der unausgeglichene gegenseitige Vertrag trotz der Erweiterungen des § 132 Abs. 1 InsO weiterhin als die Konstellation betrachtet werden, welche der Tatbestand als

---

<sup>615</sup> BGH, NJW-RR 2004, 983, 984; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 433. Vgl. auch *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 11; *Henckel*, ZIP 2004, 1671, 1672.

<sup>616</sup> *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 70. Ablehnend auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 382 ff., die eine Lösung erst auf Rechtsfolgenseite anstrebt, sowie *Thole*, Gläubigerschutz, S. 354, nach dem sich durch ein »vermeintliches Vorrangverhältnis der Anfechtungstatbestände« die Komplexität mittelbarer Zuwendungen nicht aufbrechen lasse.

<sup>617</sup> *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 67.

<sup>618</sup> *Uhlenbruck/Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 79 und 84.

»Regelungskern« vorrangig im Blick hat.<sup>619</sup> Diese Fokussierung auf Kausalverträge scheint im Weiteren wiederum zur Folge zu haben, dass der Austausch wertäquivalenter Leistungen von der Wertung des § 132 Abs. 1 InsO „geschützt“ werden soll, weil ein wirtschaftlich ausgeglichener Kausalvertrag nach diesem Tatbestand eben nicht angefochten werden kann. In diesem Sinne wird von einer verbreiteten Auffassung die Ermöglichung eines wertäquivalenten Leistungsaustauschs als Schutzzweck des § 132 Abs. 1 InsO zumindest nahegelegt.<sup>620</sup> Denn schon der Vorgängervorschrift des § 30 Nr. 1 Fall 1 KO wurde eine solch schützende Funktion aus der praktischen Erwägung heraus zuerkannt, dass nicht jeder Güteraustausch einem Anfechtungsrisiko unterliegen dürfe, da ansonsten der Geschäftsbetrieb des Schuldners völlig lahmgelegt werde.<sup>621</sup>

Ein solches Verständnis auf § 132 Abs. 1 InsO zu übertragen, vermag jedoch selbst dann nicht zu überzeugen, wenn man die Vorschrift auf die Anfechtung wirtschaftlich unausgeglichener Kausalverträge einengen würde. Denn als Anfechtungstatbestand regelt § 132 Abs. 1 InsO nicht etwa die *Unanfechtbarkeit*, sondern im Gegenteil die *Anfechtbarkeit* von Rechtsgeschäften. Dementsprechend legt § 132 Abs. 1 InsO lediglich die Voraussetzungen fest, unter denen die Schutzwürdigkeit eines Rechtsgeschäfts *fehlt*, nicht hingegen wann diese besteht. Dass ein Rechtsgeschäft in seiner Beständigkeit Schutz verdient, folgt vielmehr bereits daraus, dass es sich um eine privatautonome Gestaltung der Rechtslage handelt. Nicht die Beständigkeit, sondern die Unbeständigkeit eines Rechtsgeschäfts muss demnach begründet werden. Daher ist der Umkehrschluss, dass § 132 Abs. 1 InsO aufgrund seiner mangelnden Anwendbarkeit auf ausgeglichene gegenseitige Verträge zugleich die Wertung beinhaltet, dass der Austausch gleichwertiger Leistungen schutzwürdig sei, nach der hier vertretenen Auffassung nicht möglich.<sup>622</sup>

#### ee) **Zwischenfazit**

Hinsichtlich der Anfechtung von unmittelbar nachteiligen Rechtshandlungen kann festgehalten werden, dass sich an der Regelung des § 132 InsO in besonders deutlicher Form die Diskrepanz offenbart, welche zwischen den vermeintlichen Wertungsgrundlagen des Anfechtungsrechts und der im Gesetz tatsächlich verwirklichten Systematik besteht. Insofern hat sich gezeigt, dass die konsequente Heranziehung der *par conditio creditorum* zu einer künstlichen Aufspaltung des Tatbestandes zwingt, die selbst von ihren Vertretern als »eher diffus« bezeichnet wird und mit der sich deshalb eine in sich abgestimmte Gesamtsystematik nicht entwickeln lässt.

Aber auch das Verhältnis zwischen § 132 InsO und der Deckungsanfechtung ist nicht geklärt. Denn obwohl § 132 InsO ein Auffangtatbestand der Deckungsanfechtung darstellen soll, ist es tatsächlich umstritten, ob und inwiefern Deckungsgeschäfte vom Anwendungsbereich des § 132 InsO überhaupt erfasst sind. Dabei wurde insbesondere deutlich, dass das Verständnis des § 132 InsO nicht zuletzt vom historischen Vorgängertatbestand des § 30 Nr. 1 Fall 1 KO geprägt ist, welcher sich lediglich auf wirtschaftlich nicht ausgeglichene Kausalverträge bezog. Für die heutige Rechtslage sind Rückschlüsse aus § 30 Nr. 1 Fall 1 KO allerdings kei-

<sup>619</sup> Siehe bereits die Nachweise in Fn. 596.

<sup>620</sup> *Schoppmeyer*, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 9 Rn. 3. Vgl. ebenso *Jaeger/Henckel*, InsO, § 132 Rn. 5 und noch deutlicher bei § 142 Rn. 2 und 12; *Ganter*, ZIP 2012, 2037, 2038.

<sup>621</sup> Siehe nur BGH, NJW 1993, 3267, wonach »Rechtsgeschäfte, die gem. § 30 Nr. 1 Fall 1 KO unanfechtbar abgeschlossen werden dürfen, [...] auch erfüllbar bleiben [müssen]«. Ebenso *Jaeger/Henckel*, KO (9. Aufl. 1997), § 30 Rn. 8.

<sup>622</sup> Anderenfalls müsste etwa auch der Vorsatzanfechtung die Wertung beizumessen sein, dass eine nicht mit Benachteiligungsvorsatz vorgenommene Rechtshandlung schutzwürdig ist. Das ist allerdings nicht der Fall; eine solche Handlung ist lediglich nicht vom Tatbestand des § 133 InsO erfasst.



neswegs zwingend. Stattdessen fördert eine historisch geprägte Auslegung vor allem das vermeintlich gespaltene Bild des heutigen § 132 InsO, weshalb sich von der historischen Sichtweise für die Konzeption eines Gesamtsystems gelöst werden muss.

**f) Bargeschäftsprivileg**

Trotz der Neuregelungen des heutigen § 132 InsO wird aufgrund der Vorgängerregelung des § 30 Nr. 1 Fall 1 KO, nach welchem ein gleichwertiger Leistungsaustausch nicht anfechtbar war, teilweise ein spezifischer Zusammenhang zwischen § 132 InsO und dem sogenannten Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO gezogen.<sup>623</sup> Deshalb soll § 142 InsO hier im direkten Anschluss an § 132 InsO noch erörtert werden. Anders als § 132 InsO handelt es sich beim Bargeschäftsprivileg freilich nicht mehr um einen Tatbestand, sondern um eine reine Einschränkung der Anfechtbarkeit. Dabei schließt § 142 InsO – mit Ausnahme von § 133 Abs. 1 InsO – nach seinem Wortlaut zunächst alle Tatbestände aus, weshalb die aufgezeigten Unstimmigkeiten des Gesamtsystems des Anfechtungsrechts am Verständnis des Bargeschäftsprivilegs regelrecht zusammenlaufen. Auch vor diesem Hintergrund soll deshalb die folgende Erörterung der Problemstellungen des § 142 InsO stattfinden.

**aa) Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldners**

Unbestritten ist lediglich der Normzweck des § 142 InsO. Denn während die gesetzliche Regelung des Bargeschäftsprivilegs erst durch die Insolvenzrechtsreform eingeführt wurde,<sup>624</sup> ist als dessen »entscheidender Grund« der vormals noch § 30 Nr. 1 Fall 1 KO zugeordnete Gesichtspunkt angeführt worden, dass anderenfalls ein in der wirtschaftlichen Krise befindlicher Schuldner praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wäre,<sup>625</sup> weil Geschäftspartner des Schuldners aufgrund der präventiven Wirkung des Anfechtungsrisikos selbst von Bargeschäften absehen würden.<sup>626</sup> Somit ist der Normzweck des § 142 InsO die Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldners während eines drohenden Insolvenzverfahrens. Auf die noch unter der Konkursordnung entwickelte und nicht überzeugende Notlösung über § 30 Nr. 1 Fall 1 KO – respektive dem heutigen § 132 InsO – muss insofern nicht mehr zurückgegriffen werden.<sup>627</sup> Unklar ist hingegen, wie die Unanfechtbarkeit von Bargeschäften dogmatisch erklärt werden soll.

**bb) Verschiedene Begründungsansätze**

Es wurde anfangs bereits erwähnt, dass die herrschende Ansicht die Privilegierung des § 142 InsO wie unter dem alten Recht mit dem Ausschluss der Gläubigerbenachteiligung begründen möchte.<sup>628</sup> In der Sache handelt es sich hier jedoch um eine Nachwirkung der Einheitstheorie. Selbst wenn man diesen Verstoß gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip akzeptierte, wurde dargelegt, dass dies die Regelung des § 142 InsO nicht erklären könnte. Denn soweit eine Gläubigerbenachteiligung bei Bargeschäften nach einer verbreiteten Auffassung generell abgelehnt werden soll, schießt dies über das Ziel des § 142 InsO hinaus, weil nach dessen Wortlaut § 133 Abs. 1 InsO anwendbar bleibt. Demgegenüber müsste es aus Sicht der herrschenden Meinung wiederum zu kurz greifen, wenn nur eine unmittelbare Nachteiligkeit entfallen soll, hingegen für die Deckungsanfechtung eine „mittelbare“ Gläubigerbenachteiligung bereits ausreicht.<sup>629</sup>

Wenn *Henckel* die Einheitstheorie deshalb zu Recht ablehnt, ist er stattdessen jedoch der Auffassung, dass § 142 InsO als Annex zu § 132 InsO angesehen werden müsse, weil er den Zweck des § 132 InsO verwirkliche, indem er die anfechtungsfeste Erfüllung eines nach

<sup>623</sup> In diesem Sinne Jaeger/*Henckel*, InsO, § 142 Rn. 2; HK/*Kreft*, InsO, § 142 Rn. 1.

<sup>624</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 142 Rn. 1; MüKo/*Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 2.

<sup>625</sup> BGH, NJW 2006, 2701 Rn. 30; MüKo/*Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 1; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 1; *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 54; sowie die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 167.

<sup>626</sup> Vgl. nur *Kayser*, FS Fischer (2008), 267, 269; *Lwowski/Wunderlich*, FS Kirchhof (2003), 301.

<sup>627</sup> Richtig Nerlich/Römermann/*Nerlich*, InsO, § 142 Rn. 1; *Klinck*, Grundlagen, S. 163.

<sup>628</sup> Siehe dazu schon unter B.I.2)c)cc)(2), Seite 43.

<sup>629</sup> Siehe dazu schon unter B.I.2)c)cc)(2)(a), Seite 43 und B.I.2)c)cc)(2)(b), Seite 44.

§ 132 InsO unanfechtbaren Kausalvertrages sicherstelle.<sup>630</sup> Ein solches Verständnis spiegelt sich in der Systematik des Gesetzes jedoch nicht wider. Denn wäre das Bargeschäftsprivileg tatsächlich eine spezifische Ergänzung zu § 132 InsO, hätte es nahegelegen, § 142 InsO systematisch hinter § 132 InsO einzuordnen,<sup>631</sup> anstatt ihn an anderer Stelle und in selbständiger Form zu regeln. Zudem wurde soeben dargelegt, dass § 132 InsO schon nicht den Schutzzweck besitzt, einen anfechtungsfesten Austausch gleichwertiger Leistungen zu ermöglichen, weshalb sich eine besondere Verbindung zu § 142 InsO auch in teleologischer Hinsicht insofern nicht erkennen lässt. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass zumindest im praktischen Ergebnis tatsächlich ein Zusammenspiel zwischen § 132 InsO und § 142 InsO besteht; allein damit kann ein teleologisch-systematischer Zusammenhang allerdings noch nicht begründet werden.<sup>632</sup>

In der Vergangenheit fand sich für das Bargeschäftsprivileg gelegentlich eine auf den Ausschluss der Deckungsanfechtung begrenzte Erklärung. Danach könne diese bei Bargeschäften keine Anwendung finden, da der Geschäftspartner kein „Konkursgläubiger“ (respektive Insolvenzgläubiger) im Sinne der Deckungsanfechtung sei.<sup>633</sup> Dieser Begründungsansatz findet heute jedoch kaum noch Gefolgschaft, da es auf der Hand liegt, dass auch Bargeschäfte eine zu erfüllende Forderung begründen können, welche in einem Insolvenzverfahren gemäß dem Gleichbehandlungsgrundsatz lediglich anteilig befriedigt werden würde.<sup>634</sup>

Eben an der Gleichbehandlung der Gläubiger als Rechtfertigungsgrund der Anfechtung, setzt hingegen *Thole* an, indem er in § 142 InsO eine »maßvolle Einschränkung« der *par conditio creditorum* erkennen möchte.<sup>635</sup> Insofern gelte, dass aufgrund der gleichwertigen Gegenleistung des Gläubigers bei Bargeschäften ein »geringeres Gefährdungspotential« bestehe, weshalb eine Anfechtung des vom Gläubiger erlangten Vorteils aus der Sicht der anderen Gläubiger nicht gerechtfertigt sei.<sup>636</sup>

### cc) Geringere Wahrscheinlichkeit einer Gläubigerbenachteiligung

Zwar ist dem von *Thole* verfolgten Erklärungsansatz eines »geringeren Gefährdungspotentials« auch nach der hier vertretenen Ansicht im Prinzip beizupflichten. Als Erklärung des Bargeschäftsprivilegs kann dieser Ansatz aber nur dann wirklich überzeugen, wenn man den Rechtfertigungsgrund der Anfechtung nicht in der Ungleichbehandlung, sondern in der Benachteiligung der Gläubiger erblickt. Denn soll § 142 InsO die Anfechtbarkeit einschränken, lässt sich dies mit dem »geringeren Gefährdungspotential« von Bargeschäften erst dann plausibel erklären, wenn sich die verringerte Gefahr gerade auf den Grund der Anfechtbarkeit bezieht. Soll dieser Grund nach der herkömmlichen Auffassung wiederum in einer Durchsetzung der *par conditio creditorum* liegen, wird die Gefahr einer Ungleichbehandlung der Gläubiger bei einem Bargeschäft tatsächlich jedoch nicht reduziert. Vielmehr erhält der Geschäftspartner im Gegensatz zu den anderen Gläubigern eine anfechtungsfeste Befriedigung, so dass er im Gegenteil sogar bevorzugt wird.

Stattdessen kann der Aspekt eines »geringeren Gefährdungspotentials« erst auf der Basis der Gläubigerbenachteiligung zur Einschränkung der Anfechtbarkeit fruchtbar gemacht werden. Anders als das Risiko einer Ungleichbehandlung der Gläubiger, wird nämlich jenes einer Be-

---

<sup>630</sup> Jaeger/*Henckel*, InsO, § 132 Rn. 5 sowie § 142 Rn. 2 und 12.

<sup>631</sup> So in der Tat die damalige Forderung von *Henckel*, in: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 239, 251.

<sup>632</sup> Vgl. insoweit auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 373 f.

<sup>633</sup> So RGZ 100, 62, 64; RGZ 136, 152, 158. Vgl. auch BGH, WM 1955, 404, 406, sowie Eckardt, ZIP 1999, 1417, 1421.

<sup>634</sup> Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 2; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 374.

<sup>635</sup> *Thole*, aaO.

<sup>636</sup> *Thole*, aaO.

nachteiligung bei Bargeschäften in der Tat verringert. Denn obwohl eine Gläubigerbenachteiligung bei Bargeschäften nicht schon ausgeschlossen sein mag, ist sie jedoch durch die unmittelbare sowie gleichwertige Gegenleistung aus einer objektiven Warte wenigstens deutlich unwahrscheinlicher, weil die Gegenleistung im späteren Vollstreckungsverfahren als ausgleichende Haftungsmasse für die Gläubiger prinzipiell noch zur Verfügung stehen kann.

Dabei ist diese Verringerung der Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung als Begründung der Unanfechtbarkeit insbesondere dann plausibel, wenn man aus Verkehrsschutzgründen die Perspektive des Anfechtungsgegners betont. Denn gerade aus der Sicht des Gegners lässt sich aufgrund seiner unmittelbaren und gleichwertigen Gegenleistung im Regelfall nicht mehr beurteilen, ob es zu einer Gläubigerbenachteiligung tatsächlich noch kommen wird. Eben mit dieser Unkenntnis über eine Benachteiligung ließe sich allerdings erklären, weshalb der Anfechtungsgegner bei Bargeschäften grundsätzlich schutzwürdig ist. In diesem Sinne könnte gerade mit der typischerweise bestehenden Unkenntnis des Gegners begründet werden, dass eine Bardeckung selbst dann unanfechtbar ist, wenn sich später herausstellt, dass eine Gläubigerbenachteiligung trotz der Gegenleistung tatsächlich noch eingetreten ist. Hierauf wird im zweiten Teil der Arbeit genauer einzugehen sein.

#### **dd) Keine Anwendung bei inkongruenten Deckungen?**

Die Schwierigkeiten, die bei der dogmatischen Begründung des Bargeschäftsprivilegs auf Basis des traditionellen Verständnisses bestehen, werden noch dadurch verstärkt, dass ein Bargeschäft nach herrschender Meinung im Falle inkongruenter Deckungen ausscheiden soll. So hat der BGH bereits unter der Geltung der Konkursordnung entschieden, dass die Inkongruenz der Deckung einem Bargeschäft entgegenstehe.<sup>637</sup> Diese Ausklammerung von inkongruenten Deckungen hat im Zuge der Insolvenzrechtsreform zwar keine Entsprechung im Wortlaut des heutigen § 142 InsO erhalten;<sup>638</sup> insbesondere wurde sie von der Begründung zum Regierungsentwurf auch nicht aufgegriffen, da es dort vielmehr umfassend heißt, »daß Bargeschäfte nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen [...] unterliegen«.<sup>639</sup> Gleichwohl nimmt die ganz herrschende Meinung wie schon zum alten Recht auch jetzt noch an, dass § 131 InsO durch § 142 InsO nicht ausgeschlossen werden könne,<sup>640</sup> da »weder eine rechtliche noch eine wirtschaftliche Veranlassung für die Privilegierung inkongruenter Deckungen« bestünde.<sup>641</sup>

Dass gerade eine wirtschaftliche Veranlassung für die Privilegierung von inkongruenten Deckungen tatsächlich allerdings sehr wohl besteht, zeigt sich schon darin, dass die Wirtschaftsverbände in ihrer gemeinsamen Erklärung aufgrund erheblicher Rechtsunsicherheiten neben der Einschränkung der Vorsatzanfechtung auch die Streichung jeglicher Ausnahmen vom Bargeschäftsprivileg fordern.<sup>642</sup> Dabei ist dieser Appell der Wirtschaft auch unmittelbar verständlich, weil für das Vorliegen einer Inkongruenz in der Rechtsprechung keine klaren Kriterien bestehen, sondern vom BGH wie gesehen letztlich nur auf eine Interessenabwägung zu-

<sup>637</sup> BGH, NJW 1993, 3267 f.

<sup>638</sup> HK/Kreft, InsO, § 142 Rn. 8; Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 8.

<sup>639</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 167.

<sup>640</sup> BGH, NJW 2007, 2324 Rn. 22; Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 142 Rn. 9; Braun/Riggert, InsO, § 142 Rn. 16; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 7; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 142 Rn. 10.

<sup>641</sup> Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 6; Ganter, ZIP 2012, 2037, 2039; vgl. auch Thole, Gläubigerschutz, S. 374; sowie HK/Kreft, InsO, § 142 Rn. 9, der auf die »allgemeine Verschärfung« der Anfechtbarkeit von inkongruenten Deckungen hinweist. Zu Recht anderer Ansicht sind hingegen Klinck, Grundlagen, S. 400; Bork, FS Kirchhof (2003), 57, 67; Eckardt, ZIP 1999, 1417, 1424.

<sup>642</sup> Die am 8. Juli 2014 abgegebene gemeinsame Erklärung verschiedener Wirtschaftsverbände findet sich unter [http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht\\_und\\_Wettbewerb/Gemeinsame\\_Erklaerung\\_der\\_Verbaende\\_\\_11\\_Logos\\_\\_08.07.2014\\_.pdf](http://www.bga.de/fileadmin/freigabe/Downloads/Publikationen/Recht_und_Wettbewerb/Gemeinsame_Erklaerung_der_Verbaende__11_Logos__08.07.2014_.pdf).

rückgegriffen wird.<sup>643</sup> Aufgrund der Ausklammerung inkongruenter Deckungen aus § 142 InsO wird diese Unklarheit aber in den Anwendungsbereich des Bargeschäftsprivilegs übertragen, so dass sich der Wirtschaftsverkehr tatsächlich nicht mehr sicher sein kann, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um sich bei einem Handel mit dem Schuldner einem Anfechtungsrisiko zu entziehen. Die anfechtungssichere Abwicklung von Geschäften wird aufgrund dessen freilich deutlich erschwert.

Aber auch in rechtlicher Hinsicht leuchtet die Ausklammerung inkongruenter Deckungen nicht ein, und zwar selbst dann nicht, wenn man dem dogmatischen Verständnis der herrschenden Meinung folgt. Denn wenn danach ein Bargeschäft privilegiert werden soll, weil eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund der gleichwertigen Gegenleistung bereits ausgeschlossen sei, wurde zu Recht kritisiert, dass inkongruente Deckungen nicht weniger als kongruente Deckungen durch eine gleichwertige Gegenleistung ausgeglichen werden können,<sup>644</sup> so dass eine Benachteiligung auch insofern entfallen müsste. Gleiches gilt im Ergebnis für die Ansicht *Tholes*, nach der § 142 InsO lediglich die *par conditio creditorum* einschränke. Denn wenn nicht nur § 130 InsO sondern auch § 131 InsO mit eben diesem Grundsatz begründet werden soll, müsste aufgrund dessen Einschränkung eine inkongruente Deckung nicht weniger unanfechtbar sein.<sup>645</sup>

#### ee) **Kongruenz von Deckungsgeschäft und Parteivereinbarung?**

Da diese Begründungsansätze zur Ausklammerung inkongruenter Deckungen also nicht tragfähig sind, findet sich weit verbreitet eine alternative Erklärung für die Eingrenzung des Anwendungsbereichs des § 142 InsO. Insofern heißt es oftmals, dass die ausgetauschten Leistungen der zugrundeliegenden »Parteivereinbarung« entsprechen müssten, so dass inkongruente Deckungen bereits begrifflich kein Bargeschäft darstellen würden, weil sie von der Vereinbarung zwischen den Parteien eben abweichen.<sup>646</sup> Dabei wird die grundsätzliche Notwendigkeit einer Parteivereinbarung von der ganz herrschenden Meinung aus der Formulierung des § 142 InsO herausgelesen, wonach die Gegenleistung »für die« Leistung zu erfolgen hat.<sup>647</sup>

Doch auch dieser Begründungsansatz ist zu Recht auf Kritik gestoßen. Denn selbst auf Basis der herrschenden Meinung ist aufgrund der unklaren Handhabung des Begriffs der Inkongruenz in § 131 InsO noch nicht gesagt, dass eine Leistung, die nicht der Parteivereinbarung entspricht, stets als inkongruent im Sinne von § 131 InsO anzusehen wäre.<sup>648</sup> Vielmehr wurde bereits dargelegt, dass insofern üblicherweise eine »besondere Verdächtigkeit« der Abweichung vom Anspruchsinhalt gefordert wird.<sup>649</sup> Darüber hinaus ist aber auch schon zweifelhaft, ob § 142 InsO eine Kongruenz von Deckungsgeschäft und Parteivereinbarung überhaupt voraussetzt. Zwar ist es keinesfalls von der Hand zu weisen, dass aus der Formulierung des § 142 InsO die Notwendigkeit einer »subjektiven Verknüpfung« zwischen Leistung und Ge-

---

<sup>643</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)d)cc)(3), Seite 111.

<sup>644</sup> *Klinck*, Grundlagen, S. 387; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 373. Vgl. auch *Eckardt*, ZIP 1999, 1417, 1424.

<sup>645</sup> Anders aber *Thole*, Gläubigerschutz, S. 374 f.

<sup>646</sup> *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 142 Rn. 9; *Braun/Riggert*, InsO, § 142 Rn. 14; *HK/Kreft*, InsO, § 142 Rn. 4; *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 7; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, aaO. Insofern zu Recht ablehnend hingegen *Lwowski/Wunderlich*, FS Kirchhof (2003), 301, 304 ff.; kritisch auch *Bork*, FS Kirchhof (2003), 57, 67; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 142 Rn. 8.

<sup>647</sup> BGH, NJW 2010, 3578 Rn. 26; *HK/Kreft*, aaO; *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 5; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 142 Rn. 10; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 11 f.; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 372; vgl. auch die Gesetzesbegründung RegE BT-Drs. 12/2443 S. 167.

<sup>648</sup> Richtig *Jaeger/Henckel*, aaO.

<sup>649</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)d)cc), Seite 109.

genleistung folgt.<sup>650</sup> Allerdings ist damit noch nicht geklärt, wie sich diese subjektive Verknüpfung darstellt und ob sie auf beiden Seiten bestehen muss.

Betont man mit der hier vertretenen Auffassung zum Verständnis des Bargeschäftsprivilegs gerade die Perspektive des Anfechtungsgegners, müsste es hinsichtlich der subjektiven Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung eigentlich nur auf dessen Sichtweise ankommen. Bei genauerer Betrachtung entspricht eben dies tatsächlich auch dem Wortlaut des § 142 InsO. Denn wenn nach der Formulierung des § 142 InsO lediglich die Gegenleistung »für die« Leistung zu erbringen ist und nicht umgekehrt auch die Leistung für die Gegenleistung, ist nicht erkennbar, weshalb hier eine zweiseitige Vereinbarung zwischen den Parteien bestehen müsste.<sup>651</sup> Stattdessen stellt der Wortlaut des Bargeschäftsprivilegs allein auf eine subjektive Verknüpfung durch den *Gegner* der Anfechtung ab. Deshalb wird von *Lwowski* und *Wunderlich* vollkommen zu Recht angemerkt, dass die Wortwahl des § 142 InsO nur so verstanden werden kann, dass der Anfechtungsgegner die Gegenleistung in Kenntnis der Leistung des Schuldners erbringen muss.<sup>652</sup> Richtigerweise müsste es für die subjektive Verknüpfung der Leistungen daher notwendig, aber auch schon ausreichend sein, dass aus der Sicht des Gegners »keine bloß rein zufällige Leistungsüberkreuzung« besteht.<sup>653</sup>

#### **ff) Zeitliche Grenzen abhängig von der Person des Vorleistenden?**

Im Weiteren ist es für das Vorliegen eines Bargeschäfts nach dem Wortlaut des § 142 InsO erforderlich, dass die Gegenleistung »unmittelbar« für die Leistung in das Vermögen des Schuldners gelangt. Nach allgemeiner Ansicht bezieht sich diese Unmittelbarkeit auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung.<sup>654</sup> Die genauen Voraussetzungen dieses zeitlichen Zusammenhangs sind indessen abermals unklar. Unumstritten ist dabei lediglich, dass Vorleistungen im Rahmen eines gewöhnlichen Geschäftsbetriebs nicht ausgeschlossen sein dürfen, sofern die Vorleistung nicht den Charakter eines Kreditgeschäfts annimmt.<sup>655</sup>

Streitig ist jedoch, ob die zeitlichen Grenzen eines Kreditgeschäfts abhängig von der Person des Vorleistenden zu bestimmen sind. Wenn es teilweise heißt, dass § 142 InsO eine Ausnahme von der *par conditio creditorum* darstelle, entspricht es einer im Schrifttum verbreiteten Mindermeinung, dass die vermeintlich gewichtige Bedeutung der Gläubigergleichbehandlung zugleich eine restriktive Auslegung erfordern solle.<sup>656</sup> In der Folge seien bei einer Vorleistung des Gegners strengere Maßstäbe anzulegen, als bei einer Vorleistung des Schuldners,<sup>657</sup> so dass somit die zulässigen zeitlichen Grenzen durch die *par conditio creditorum* korrigiert werden müssten.

<sup>650</sup> *Lwowski/Wunderlich*, FS Kirchhof (2003), 301, 303; *Jaeger/Henckel*, aaO; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 11.

<sup>651</sup> Ebenso *Klinck*, Grundlagen, S. 387 und 398 f.; *C. Paulus*, FS Fischer (2008), 445, 454. Vgl. auch *Bork*, FS Kirchhof (2003), 57, 67.

<sup>652</sup> *Lwowski/Wunderlich*, FS Kirchhof (2003), 301, 305.

<sup>653</sup> *Lwowski/Wunderlich*, FS Kirchhof (2003), 301, 306. Vgl. auch *Jaeger/Henckel*, InsO, § 142 Rn. 8.

<sup>654</sup> BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 15; *Gerhardt*, FS Brandner (1996), 605, 611; *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 15; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 142 Rn. 11; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 27; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 373.

<sup>655</sup> BGH, aaO; *Braun/Riggert*, InsO, § 142 Rn. 18; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 142 Rn. 15; *MüKo/Kirchhof*, aaO; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, aaO; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, aaO; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 376. Kritisch *Eckardt*, ZIP 1999, 1417, 1423.

<sup>656</sup> *Gerhardt*, aaO; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 375 f.; vgl. insofern auch *Kayser*, FS Fischer (2008), 267, 272 f.

<sup>657</sup> *Gerhardt*, aaO; *Thole*, aaO. Im Ergebnis ebenso *Jaeger/Henckel*, InsO, § 142 Rn. 18. Siehe ebenfalls die erste Auflage von *MüKo/Kirchhof*, InsO (1. Aufl. 2002), § 142 Rn. 16. Ohne eindeutige Stellungnahme allerdings die Folgeauflagen, vgl. nunmehr *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 19b.

In der Praxis müsste der Gegner für ein Bargeschäft die Leistung des Schuldners daher schneller erhalten, als umgekehrt der Schuldner die Leistung des Gegners. Gerade in dieser Folge sieht der BGH wiederum eine nicht angemessene Besserstellung des Gegners, die zu lasten der künftigen Masse ginge, weil der Gegner – wenn auch vereinbarungsgemäß – darauf bestehen könnte, dass die Leistung des Schuldners dessen Vermögen frühzeitig verlasse.<sup>658</sup> Daher lehnt der BGH sowie die überwiegende Literatur eine Differenzierung nach der Person des Vorleistenden ab, so dass die zeitlichen Grenzen immer gleich zu beurteilen seien.<sup>659</sup> Diese Argumentation muss allerdings schon deshalb verwundern, weil sie eine Einschränkung der Privilegierung des Gegners umgekehrt als deren Ausweitung anprangert.

**gg) Teleologische Korrektur der »Gleichwertigkeit« der Gegenleistung?**

Wenn § 142 InsO schließlich fordert, dass die Gegenleistung zumindest »gleichwertig« zur Leistung des Schuldners sein müsse, besteht über den in dieser Hinsicht geltenden Bewertungsmaßstab nicht weniger Verwirrung. Weil die herrschende Meinung davon ausgeht, dass bei Bargeschäften eine Benachteiligung der Gläubiger aufgrund der Gleichwertigkeit der Gegenleistung nicht eintrete, wurde bereits dargelegt, dass dann für die Bewertung der Gegenleistung konsequenterweise auch die Grundsätze herangezogen werden müssten, die für den Ausschluss einer Gläubigerbenachteiligung gelten.<sup>660</sup> In diesem Sinne müsste die Gegenleistung insbesondere nicht nur nominell gleichwertig sein, sondern zur Aufrechterhaltung der Haftungsmasse für die Gläubiger gerade eine »gleichwertige Befriedigungsmöglichkeit« darstellen, damit sie auch gleichwertig im Sinne des § 142 InsO wäre.<sup>661</sup>

Zunächst wird deshalb folgerichtig auch davon ausgegangen werden, dass der Wert einer Gegenleistung durch ihre »erschwerete Verwertbarkeit« gemindert werden könne,<sup>662</sup> während eine »allgemeine wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit« für die von § 142 InsO geforderte Gleichwertigkeit der Gegenleistung noch nicht ausreicht.<sup>663</sup> Weil diese Prämissen jedoch so streng sind, dass bei ihrer konsequenten Anwendung von § 142 InsO Vorgänge ausgeschlossen wären, die aufgrund des vermeintlichen Zwecks des Bargeschäfts aber für privilegierungswürdig gehalten werden, nimmt die herrschende Meinung bei Lichte betrachtet im Einzelfall eine teleologische Korrektur der Gleichwertigkeit vor.<sup>664</sup> Denn wie ebenso bereits dargelegt wurde, wird der Erwerb von unpfändbaren Gegenständen des persönlichen Bedarfs – trotz deren fehlender Verwertbarkeit für die Gläubiger – von der herrschenden Meinung als „gleichwertige“ Gegenleistung akzeptiert,<sup>665</sup> während auch Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers noch eine „gleichwertige“ Gegenleistung darstellen sollen, obwohl diese für das Haftungsvermögen nur mittelbare Folgevorteile begründen können.<sup>666</sup>

Nach hier vertretener Auffassung kann dieser Korrektur nicht gefolgt werden, weil diese vom Zweck des § 142 InsO tatsächlich nicht gefordert wird. Denn ist das Bargeschäftsprivileg auf die Fortsetzung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldners mit dessen Geschäftspartnern gerichtet, gehört der Erwerb von Gegenständen des persönlichen Bedarfs bereits nicht zum „Geschäft“ des Schuldners. Aber selbst Arbeitsleistungen eines Arbeitnehmers sind

---

<sup>658</sup> BGH, NJW 2006, 2701 Rn. 39.

<sup>659</sup> BGH, aaO; *Ganter*, ZIP 2012, 2037, 2039; *Andres/Leithaus/Leithaus*, InsO, § 142 Rn. 4; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 32. Vgl. ebenso *Klinck*, Grundlagen, S. 395; *HK/Kreft*, InsO, § 142 Rn. 6.

<sup>660</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)aa)(2), ab Seite 31 ff.

<sup>661</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(a), Seite 31.

<sup>662</sup> *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 142 Rn. 9.

<sup>663</sup> *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 26.

<sup>664</sup> Insoweit auch *Klinck*, Grundlagen, S. 386, der anführt, dass sich die Ergebnisse der herrschenden Meinung nur mit dem angenommenen Zweck des Bargeschäftsprivilegs sinnvoll erklären lassen.

<sup>665</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(b)(aa), Seite 32.

<sup>666</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(b)(bb), Seite 33.

vom eigentlichen Normzweck des § 142 InsO nicht erfasst, weil Arbeitnehmer wiederum keine „Geschäftspartner“ des Schuldners darstellen. Stattdessen ist der Schutzzweck des Bargeschäftsprivilegs auf die Abwicklung von verkehrüblichen »Umsatzgeschäften« gerichtet.<sup>667</sup> Der Leistungsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gehört jedoch nicht hierhin. Vielmehr hat dieser eine viel grundlegendere Bedeutung, weil er selbst kein Umsatzgeschäft darstellt, sondern erst die Grundlage dafür schafft, dass ein Umsatzgeschäft überhaupt stattfinden kann. Denn ohne die Arbeitskraft seiner Arbeitnehmer könnte der Geschäftsbetrieb bereits als solcher gar nicht existieren.

Aber selbst wenn man mit dem Hinweis auf den Zweck des § 142 InsO im Falle des Erwerbs von unpfändbaren Gegenständen sowie bei Lohnzahlungen an den Arbeitnehmer ein Bargeschäft annehmen wollte, wäre diese Qualifizierung tatsächlich gar nicht dazu geeignet, in solchen Fällen eine Unanfechtbarkeit wirklich sicherzustellen, weil trotz der Privilegierung des § 142 InsO eine Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO noch nicht ausgeschlossen wäre. Gerade die Möglichkeit einer Vorsatzanfechtung wäre in solchen Konstellationen allerdings nicht unwahrscheinlich, weil aufgrund der fehlenden Befriedigungstauglichkeit der Gegenleistung den Beteiligten nicht selten bekannt sein dürfte, dass der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 InsO zumindest möglich ist. Stünde aufgrund dieses Wissens bei einer konsequenten Anwendung der Vorsatzanfechtung bezüglich der Gläubigerbenachteiligung wenigstens ein *dolus eventualis* stets im Raum, bedürfte es daher zur Begründung einer Unanfechtbarkeit noch einer weiteren Korrektur des § 133 InsO.<sup>668</sup>

Daran zeigt sich jedoch, dass sich auch dieses Problem auf der Ebene der Tatbestände in einer stringenter Weise nicht wirklich lösen lässt. Indessen ist dies nach hier vertretener Auffassung auch gar nicht erforderlich, weil es beim Erwerb von unpfändbaren Gegenständen des persönlichen Bedarfs sowie bei Lohnzahlungen an den Arbeitnehmer regelmäßig bereits an einem anfechtungsrechtlich relevanten Risiko fehlen muss. Denn diese Geschäfte haben für den Schuldner eine derart existentielle Bedeutung, dass ihr Ausbleiben bereits das bloße Fortbestehen des Schuldners zumindest gefährden, wenn nicht sogar faktisch unmöglich machen würde. An dieser Folge haben die Gläubiger jedoch kein schützenswertes Interesse, so dass eine Anfechtung mangels eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung scheitert. Hierauf wird im zweiten Teil der Arbeit freilich noch genauer einzugehen sein.

### 3) **Zwischenfazit**

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass der Anwendungsbereich der Anfechtungstatbestände letztlich sehr unscharf ist, weil die Tatbestände insgesamt vielfältigen Korrekturbestrebungen unterliegen. Dabei ist deutlich geworden, dass die Korrekturbestrebungen ihren tiefen Grund darin finden, dass die Anfechtungstatbestände traditionellerweise mit einer Vielzahl von unterschiedlichen Wertungen belegt werden. Dies basiert nicht zuletzt darauf, dass überwiegend versucht wird, interessengerechte Ergebnisse allein mittels einer Auslegung der Tatbestände herzuleiten. Diese tatbestandsfixierte Vorgehensweise vernachlässigt jedoch das Regelungspotential der allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen und führt in der Anwendung der Tatbestände spätestens dann zu Inkonsequenzen, wenn es wie im Bereich der mittelbaren Zuwendung oder bei existentiell wichtigen Geschäften des Schuldners Konstellationen zu lösen gilt, welche von den Tatbeständen nicht direkt adressiert werden.

<sup>667</sup> So schon BGH, NJW 1993, 3267; ebenso BGH, NJW-RR 2003, 837, 840. Vgl. zudem Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 142 Rn. 2; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 1.

<sup>668</sup> Eben diese nimmt die Rechtsprechung wie gesehen auch vor, indem ein »fehlendes Bewusstsein« für die Gläubigerbenachteiligung unterstellt wird. Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff)(2)(a), Seite 92.



Wenn die herrschende Meinung dabei als Wertungsgrundlage der Anfechtungstatbestände vor allem auf die Idee einer Gläubigergleichbehandlung sowie eines Fehlverhaltens des Schuldners abstellen möchte, werden dadurch die Unsicherheiten jedoch nicht gemindert, sondern vielmehr sogar noch verstärkt. Denn insofern hat sich bestätigt, dass diese Wertungen als vermeintliche Rechtfertigungsgründe der Anfechtbarkeit nicht im Einklang mit der vom Gesetzgeber tatsächlich vorgenommen Ausgestaltung der Tatbestände stehen. Dies offenbart sich in beispielhafter Deutlichkeit am Problemfall des § 132 InsO, dessen Anwendungsbereich künstlich aufgespalten werden muss, weil er sich weder der einen noch der anderen Wertung friktionsfrei zuordnen lässt.

Dass die vermeintlichen Rechtfertigungsgründe der Tatbestände vom Gesetzgeber tatsächlich also übergangen werden, geschieht auch aus gutem Grund. Denn sowohl bei der *par conditio creditorum* als auch beim Fehlverhalten des Schuldners handelt es sich in Wahrheit um erklärungsschwache Wertungen, welche für die Anwendung der Tatbestände letztlich keinen Mehrwert bringen.

Dies wird nicht nur dadurch offenbar, dass die Unbilligkeit im Schuldnerverhalten sowie die *par conditio creditorum* in Zweifelsfällen wie dem § 135 InsO als Rechtfertigungsgründe austauschbar sind. Vielmehr zeigt sich ihre Ungeeignetheit für die Begründung sachgerechter Lösungen schon darin, dass sie weder für die Anwendung der Vorsatzanfechtung gemäß §§ 133 InsO, 3 AnfG, noch für die Kategorien der Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO handfeste Kriterien bieten können, obwohl eigentlich gerade diese Tatbestände ihrer Umsetzung noch am eindeutigsten dienen müssten. Für die *par conditio creditorum* stellt dieser mangelnde Mehrwert insgesamt den sechsten großen Kritikpunkt dar, der gegen ihre anfechtungsrechtliche Bedeutung spricht.

Wenn es in der aktuellen Diskussion somit also an einem erklärungsstarken anfechtungsrechtlichen Leitgedanken fehlt, lässt sich ein solcher nur anhand eines in sich abgestimmten Gesamtsystems der Gläubigeranfechtung entwickeln. Für die Schaffung eines solchen Systems ist es allerdings unumgänglich, sich von einigen traditionellen Gewissheiten des Anfechtungsrechts konsequent zu lösen.

## V. Gesamtfazit zur Ausgangslage

Insgesamt darf wohl behauptet werden, dass das Gläubigeranfechtungsrecht ein sehr umstrittenes und unklares Rechtsgebiet darstellt. Die größten Mängel, welche die aufgezeigten Probleme maßgeblich verursachen und daher für die Überwindung des traditionellen Verständnisses der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht« beseitigt werden müssten, sollen im Folgenden noch einmal kurz festgehalten werden, bevor sich dem hier unterbreiteten Diskussionsvorschlag gewidmet wird.

### 1) Die fehlende tatbestandsunabhängige Dogmatik

Die herkömmliche Vorstellung, dass es sich bei den Anfechtungstatbeständen rechtsdogmatisch um selbständige Anfechtungsgründe handle, führt wie gesehen dazu, dass traditionellerweise die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung weitestgehend auf die Ebene der einzelnen Tatbestände verlagert wird. Ein solches Verständnis verzichtet jedoch auf die Entwicklung einer tatbestandsunabhängigen Dogmatik, welche die Grundlinien der Anfechtbarkeit losgelöst vom einzelnen Tatbestand schon vorzeichnen könnte.

Dieser Mangel eines dogmatischen Unterbaus des Anfechtungsrechts führt wiederum zu einer Überfrachtung der Tatbestände mit allgemeinen Erwägungen, deren Berechtigung in der Sache zwar meist nicht abgestritten werden kann, welche sich als Tatbestandsmerkmale allerdings nur schwer integrieren lassen. In Zweifelsfällen mündet die Rechtsanwendung deshalb nicht selten in einer unsystematischen Berücksichtigung der im jeweiligen Einzelfall für wichtig erachteten Umstände, deren Verortung in den Tatbeständen jedoch eine innere Konsequenz vermissen lässt.

Dabei ließe sich ein strukturstiftender dogmatischer Unterbau der Anfechtungstatbestände nur anhand der allgemeinen Voraussetzungen der §§ 129 InsO, 1 AnfG entwickeln, weil diese in ihrer Bedeutung über die Merkmale der einzelnen Tatbestände noch hinausgehen. In dieser Hinsicht hat sich jedoch gezeigt, dass der Begriff der Rechtshandlung stark vernachlässigt wird, während der Begriff der Gläubigerbenachteiligung bereits eine Vermengung mit den Tatbestandsmerkmalen erfährt, anstatt diesen als zentrale Grundvoraussetzung eine Orientierung vorzugeben.

Indessen könnte die Nutzung dieses in den allgemeinen Vorschriften bislang brachliegenden Potentials ein Fundament schaffen, das die Anfechtungstatbestände einerseits von allgemeinen Erwägungen abheben würde und auf dem sie andererseits auf systematischem Wege in sich stimmig aufbauen könnten. Dafür wäre es allerdings erforderlich, den Grund der Anfechtung nicht mehr in den einzelnen Tatbeständen selbst zu suchen, sondern die Wertungsgrundlage der Gläubigeranfechtung unabhängig von den Tatbeständen zu vereinheitlichen.

### 2) Die Überhöhung der Gleichbehandlung der Gläubiger

Dass die herrschende Meinung einen solch allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit nicht kennt, ist in erster Linie darauf zurückzuführen, dass sie die Tatbestände der besonderen Insolvenzanfechtung mit der Wertung einer Gleichbehandlung der Gläubiger belegen möchte. Weil es sich bei der Gläubigergleichbehandlung wiederum um eine insolvenzspezifische Prämisse handelt, zwingt dies dazu, die Anfechtungstatbestände normativ in mindestens zwei getrennte Gruppen aufzuspalten. Zugleich wird jedoch die Entwicklung einer einheitlichen Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit ausgeschlossen, so dass bereits der erste Schritt in Richtung von Kasuistik getan ist.

Dabei ist eine solch normative Aufspaltung des Anfechtungsrechts jedoch keineswegs zwingend. Denn selbst hinsichtlich der Tatbestände der besonderen Insolvenzanfechtung ist es tat-

sächlich nicht selbstverständlich, in der Gleichbehandlung der Gläubiger die Wertungsgrundlage der Anfechtbarkeit zu erkennen. Vielmehr bestehen neben der Inkompatibilität mit den übrigen Anfechtungstatbeständen darüber hinaus noch fünf weitere große Kritikpunkte, die die vermeintlich große Rolle der *par conditio creditorum* bei Lichte betrachtet als eine Überhöhung erscheinen lassen.

So handelt es sich bei der Gleichbehandlung der Gläubiger erstens schon nicht um ein normatives Gerechtigkeitsprinzip, sondern in Wirklichkeit lediglich um einen pragmatischen Verteilungsmodus, welcher nur der Kostenreduzierung innerhalb des Insolvenzverfahrens dient. Zweitens lässt sich ohne Zirkelschluss nicht friktionslos begründen, weshalb die *par conditio creditorum* bereits auf Vermögensvorgänge erstreckt werden sollte, die noch vor dem Insolvenzverfahren stattfanden. Drittens kann der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung in den Anfechtungsvorschriften aufgrund mehrfacher Differenzierungen tatsächlich auch nur sehr bedingt wiedererkannt werden. Viertens lassen sich selbst einige Vorschriften der besonderen Insolvenzanfechtung mit der *par conditio creditorum* nicht vereinbaren, so dass eine in sich konsequente Systematisierung der Tatbestände scheitern muss. Und fünftens bietet die Idee einer Gläubigergleichbehandlung selbst im Falle ihres Paradebeispiels der Deckungsanfechtung für die rechtspraktische Anwendung letztlich keine handfesten Kriterien, an der sich die Lösungsfindung im Einzelfall ausrichten könnte. Insgesamt bieten diese Kritikpunkte somit genügend Anlass, um sich vom Gedanken einer Gleichbehandlung der Gläubiger im Anfechtungsrecht konsequent zu lösen und stattdessen nach besseren Alternativen Ausschau zu halten.

### **3) Die Inhaltsleere der Unbilligkeit im Schuldnerverhalten**

Doch auch wenn in der Diskussion nicht auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung abgestellt wird, werden die Anfechtungstatbestände mit Wertungen belegt, die für die Schaffung eines allgemeinen Leitgedankens der Anfechtbarkeit wenig hilfreich sind. Denn in dieser Hinsicht hat sich gezeigt, dass regelmäßig die Perspektive des Schuldners entscheidend herangezogen wird, indem der Grund der Anfechtung in einer Unbilligkeit im Schuldnerverhalten erblickt werden soll. Während auch dieser Erklärungsansatz wie die *par conditio creditorum* als allgemeine Wertungsgrundlage des Anfechtungsrechts allerdings nicht taugt, weil einige Tatbestände auf ein Schuldnerverhalten bereits insgesamt verzichten, lässt sich auch die geforderte Unbilligkeit im Schuldnerverhalten für konkrete Problemlösungen aufgrund ihrer unbestimmten Bedeutung kaum operabel machen. Vielmehr ist bereits das Abstellen auf die Person des Schuldners als solches ungewöhnlich, weil es die Anfechtungsmöglichkeiten zwischen dem anfechtenden Gläubiger (respektive Insolvenzverwalter) und dem Anfechtungsgegner vom Verhalten eines Dritten abhängig macht.

Wenn stattdessen für die Sicherstellung von interessengerechten Ergebnissen vor allem die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners – als dem Hauptleidtragenden der Anfechtung – beachtet werden sollte, muss bei einem Abstellen auf die Unbilligkeit im Schuldnerverhalten versucht werden, die Schutzwürdigkeit des Gegners in die Schuldnerperspektive irgendwie zu integrieren. Dies führt jedoch wie gesehen unweigerlich dazu, dass das Fehlverhalten des Schuldners auch in seiner unbestimmten Bedeutung noch entkernt und deshalb letztlich vollkommen inhaltsleer wird. In der Folge ist allerdings einem von Unsicherheiten geprägten Fallrecht „Tür und Tor“ geöffnet. Um dies zu vermeiden, sollte sich also auch von der Idee einer Unbilligkeit im Schuldnerverhalten konsequent gelöst werden.

### **4) Die Tücken einer historisch geprägten Auslegung**

Schließlich hat sich gezeigt, dass viele der Unstimmigkeiten des Gläubigeranfechtungsrechts mit einer historisch geprägten Auslegung begründet werden, jedoch ohne dass die hieraus gewonnen Schlüsse zwingend wären. Dem Erkenntnisgewinn einer historischen Betrachtung

des Anfechtungsrechts sind vielmehr erhebliche Grenzen gesetzt. Denn reichen die heute noch gezogenen Rückschlüsse zurück bis zur römisch-rechtlichen »actio pauliana«, kann allerdings von einem äußeren Zusammentreffen der damaligen historischen Entwicklungen noch nicht auf einen inneren Zusammenhang geschlossen werden. Stattdessen ist man umso stärker auf bloße Mutmaßungen angewiesen, desto weiter man in der Geschichte zurückgeht. Diese Hypothesen erfolgen notwendigerweise aus heutiger Sicht, weshalb ihre Ergebnisse vom heute vertretenen Standpunkt vorgezeichnet sind, jedoch andere Erklärungen nicht ausschließen können. So muss insbesondere die historische Entwicklung der Konkurspauliana als Vorläufer der Deckungsanfechtung nicht mit der *par conditio creditorum* begründet werden, sondern sie könnte auch schlicht die Folge der Entstehung eines modernen Insolvenzverfahrens gewesen sein.

Doch selbst soweit zweifelsfreie Aussagen über die Vorgängerregelungen des heutigen Anfechtungsrechts möglich sind, befindet sich das Rechtsgebiet doch seit jeher in einer ständigen Entwicklung. Einher gehen notwendigerweise Korrekturen. Diese sind nicht nur von der Suche nach Lösungen für bislang nicht bedachte Konstellationen geprägt, sondern auch von der Einpassung in die Entwicklungen des Rechtssystems insgesamt. Das historische Verständnis des Gläubigeranfechtungsrechts ist daher von vornherein lediglich bedingt auf die heutige Rechtslage übertragbar.

Dies gilt insbesondere für Rückgriffe auf die alte Konkursordnung von 1877, welche bekanntlich noch vor dem BGB in Kraft trat und sich in das heutige System des Zivilrechts deshalb nicht friktionslos einpassen konnte. Demgegenüber bietet die 1999 erfolgte Einführung der InsO und die Reform des AnfG die Chance zu einem gewissen Neuanfang. Damit dieser gelingen kann, müssen allerdings eine Reihe von überkommenen Ansichten aufgegeben werden, während andere sich bereits in der Entwicklung befindlichen Ansätze zu ergänzen und konsequent fortzuführen sind.



## C. Diskussionsvorschlag

Der folgende Diskussionsvorschlag knüpft an die geschilderte Kritik am derzeit herrschenden Verständnis des Gläubigeranfechtungsrechts an. Insofern wird sich zum Ziel gesetzt, ein alternatives Gesamtsystem der Anfechtungsvoraussetzungen zu entwickeln, welches die bestehenden gesetzlichen Regelungen in einer in sich widerspruchsfreien Weise interpretiert und somit das Verständnis der Gläubigeranfechtung als »typisches Fallrecht« überwindet. Dabei soll aufgezeigt werden, dass sich die im vorherigen Abschnitt diskutierten Problemstellungen innerhalb eines allgemeinen Lösungsschemas lösen lassen, welches zugleich sachgerechte Ergebnisse ermöglicht. Dieses System der Anfechtungsvoraussetzungen soll einerseits auf einzelfallabhängige Interessenabwägungen weitestgehend verzichten und sich andererseits in die Zusammenhänge zum Zivilrecht des BGB nahtlos einfügen.

Die dazu verfolgten Ansätze wurden in der Schilderung der Ausgangslage bereits eingeführt. Die nachfolgende Herausforderung wird es daher sein, diese Ansätze weiter auszubauen und dabei ihre Leistungsfähigkeit für das Gläubigeranfechtungsrecht herauszustellen. Auf diesem Wege soll die Abkehr von traditionellen Ansichten ermöglicht werden.

### I. Grundlagen

Als Grundbedingung setzt die Entwicklung eines allgemeinen anfechtungsrechtlichen Lösungsansatzes voraus, das Gläubigeranfechtungsrecht normativ auf eine einheitliche Basis zu stellen und die Anfechtungstatbestände zu einem gemeinsamen Leitgedanken zu verschlanken. Insofern wurde in der Ausgangslage schon darauf hingewiesen, dass nach der hier vertretenen Auffassung der einheitliche Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit bereits im Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG zu erblicken ist, während die Tatbestände nur noch die gemeinsame Funktion besitzen, die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu widerlegen. Diese grundlegenden Thesen wurden jedoch bislang lediglich als naheliegende Alternativen im Rahmen der Kritik am herrschenden Verständnis entwickelt, indem dargelegt wurde, wie die Schwächen der traditionellen Ansicht durch alternative Ansätze vermieden werden könnten. Bevor auf Grundlage dieser Thesen ein allgemeines Lösungsschema hergeleitet werden kann, sollen sie daher im Folgenden noch weiter abgesichert werden, indem sie nicht nur als mögliche Alternative zur herrschenden Meinung, sondern vielmehr selbständig und aus sich heraus begründet werden.

In diesem Sinne soll einerseits eine positive Begründung dafür gefunden werden, weshalb es eigentlich wegen einer Benachteiligung der Gläubiger gerechtfertigt werden kann, dass eine zivilrechtlich an sich wirksame Vermögensverschiebung wieder rückabgewickelt wird. Das heißt es soll herausgefunden werden, welche tiefere Wertung hinter der Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit steht. Andererseits soll aber auch die gemeinsame Funktion der Anfechtungstatbestände genauer begründet werden. Insofern soll aufgezeigt werden, dass es nicht nur naheliegend, sondern spätestens seit der Insolvenzrechtsreform von 1999 sogar zwingend ist, den Tatbeständen eine gemeinsame Wertung beizumessen, die gerade die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners in den Mittelpunkt stellt.

Wenn es dazu freilich erforderlich ist, über den einzelnen Anfechtungstatbestand hinauszusehen, soll als argumentativer Ausgangspunkt ein Regelungsgebiet der Gläubigeranfechtung in den Blick genommen werden, das vom Gesetzgeber weitgehend unabhängig vom konkret einschlägigen Tatbestand normiert wurde und somit Rückschlüsse darüber zulässt, worauf es im Kern für die Begründung einer Anfechtbarkeit tatsächlich ankommt: es geht deshalb zunächst um die Rechtsfolgen der Gläubigeranfechtung.

### 1) **Rückschlüsse aus den Rechtsfolgen**

Obwohl die vorliegende Arbeit in erster Linie nicht die Rechtsfolgenseite, sondern die Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung zum Gegenstand hat, kann die Ausgestaltung der Rechtsfolgen nicht außer Betracht gelassen werden. Vielmehr stehen die Rechtsfolgen eines jeden Rechtsinstituts mit dessen Voraussetzungen naturgemäß in einer wechselseitigen Beziehung. Denn aufseiten der Rechtsfolgen kann nur das gelten, was zuvor aufseiten der Voraussetzungen begründet wurde. Deshalb bietet das Verständnis der Rechtsfolgen der Gläubigeranfechtung die Möglichkeit zu Rückschlüssen auf deren Voraussetzungen.

Dabei besitzen insbesondere die im Zuge der Insolvenzrechtsreform vorgenommenen Neuregelungen der Rechtsfolgen bei genauerer Betrachtung eine Tragweite, die in der bisherigen Diskussion noch nicht ausreichend gewürdigt wird. Gerade anhand der Neuregelungen wird deshalb zu zeigen sein, dass durch die Erfüllung der Anfechtungstatbestände im Regelfall begründet worden sein muss, dass bei der Annahme seines Erwerbs der Anfechtungsgegner wusste oder wissen musste, dass die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden. Insofern beinhalten die Tatbestände die gemeinsame Parallelwertung der *Bösgläubigkeit* des Gegners. Aufgrund dieser Bösgläubigkeit wird sich aber auch die weitere These aufdrängen, dass die Tatbestände zudem den Vorwurf eines *Annahmeverschuldens* enthalten, weil der Gegner trotz seiner Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung seinen Erwerb noch annahm.

#### a) **Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners**

Schaut man sich zunächst die grundsätzliche Konzeption der Rechtsfolgenregelungen in den §§ 143 InsO, 11 AnfG an, so sind diese in Absatz 1 allgemein und damit tatbestandsübergreifend geregelt. Auch zwischen Insolvenz- und Einzelanfechtung sind die Regelungen weitestgehend gleichlaufend. Ein Unterschied besteht zwar darin, dass bei einer Insolvenzanfechtung das anfechtbar Verlorene nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO »zurückzugewähren« ist, während es nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG lediglich »zur Verfügung gestellt« werden muss, so dass der Gegner einer Einzelanfechtung seinen Erwerb nicht aktiv auszuhändigen braucht, sondern nur die Zwangsvollstreckung in seinen Erwerb dulden muss.<sup>669</sup> Am Grundgedanken der Rechtsfolgen einer Anfechtbarkeit ändert dies jedoch nichts. Vielmehr geht es im Ergebnis sowohl in § 143 InsO als auch § 11 AnfG gleichermaßen darum, eine Belastung des Haftungsvermögens »wieder rückgängig« zu machen.<sup>670</sup> Deshalb soll im Weiteren – insoweit vereinfachend – nur noch von einem Rückgewähranspruch des Anfechtenden gesprochen werden.

#### aa) **Sonderfall des unentgeltlichen Erwerbs**

Betrachtet man nach Absatz 1 sodann den folgenden Absatz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG, fällt allerdings auf, dass die Rechtsfolgen für den Fall einer unentgeltlichen Leistung eine Sonderregelung enthalten. Denn gemäß Satz 1 von Absatz 2 hat der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung diese »nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist«. Während dem Anfechtungsgegner damit also die Einrede der Entreicherung eingeräumt wird, hat diese Regelung ihren tieferen Grund freilich darin, dass die Anfechtung einer unentgeltlichen Leistung gemäß §§ 134 InsO, 4 AnfG objektiviert, das heißt unabhängig ist, von den subjektiven Vorstellungen des Anfechtungsgegners.<sup>671</sup> Wenn deshalb auch ein gutgläubiger unentgeltlicher Erwerber einer Rückgewährpflicht ausgesetzt sein kann, soll er gleichsam im Gegenzug durch die Einrede der Entreicherung aber wenigstens auf Rechtsfolgenseite geschützt sein.<sup>672</sup> In diesem Sinne sah bereits das alte Recht gemäß § 37 Abs. 2 KO vor, dass der »gutgläubige Emp-

---

<sup>669</sup> MüKo/Kirchhof, AnfG, § 11 Rn. 40.

<sup>670</sup> Insoweit auch Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 33; Thole, Z郑 121 (2008), 67, 87. Vgl. ebenso BGH, NJW 1995, 659, 661.

<sup>671</sup> Ganter, NZI 2015, 249; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 134 Rn. 2.

<sup>672</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2013, 419 Rn. 13; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 100; Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO.

fänger« eine unentgeltliche Leistung nur soweit zurückzugewähren hatte, als er durch diese bereichert ist.

Während es bei diesem Grundsatz auch nach der Reform von 1999 noch geblieben ist, wurde er jedoch um einen neu hinzugefügten Satz 2 von Absatz 2 ergänzt. Insofern ist in Satz 2 geregelt, dass dem Empfänger einer unentgeltlichen Leistung die Einrede der Entreicherung wieder abgeschnitten wird, »sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muss, dass die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt«, das heißt sobald der Gegner gerade im anfechtungsrechtlichen Sinne bösgläubig ist.<sup>673</sup> Die Beweislast für diese Bösgläubigkeit wird dabei allerdings dem Anfechtenden auferlegt, so dass im Zweifel von der Gutgläubigkeit des Gegners auszugehen ist.<sup>674</sup> Der unentgeltliche Erwerber verliert die Entreicherungseinrede also letztlich erst dann, wenn ihm seine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung tatsächlich nachgewiesen werden kann.

### **bb) Rückschlüsse für den Regelfall des entgeltlichen Erwerbs**

Anhand dieser Sonderregelung des unentgeltlichen Erwerbs lassen sich jedoch Rückschlüsse ziehen für den Regelfall des entgeltlichen Erwerbs. Dabei wurden im Zuge der Insolvenzrechtsreform auch die Rechtsfolgen des Regelfalls in Absatz 1 der §§ 143 InsO, 11 AnfG um einen neu hinzugefügten Satz 2 ergänzt. Dieser verweist für den Regelfall der Anfechtung auf eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über eine ungerechtfertigte Bereicherung, »bei der dem Empfänger der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt gewesen ist«. Wenn deshalb der Gegner im Regelfall also wie ein bösgläubiger Bereicherungsschuldner zu behandeln ist, steht ihm dann allerdings – anders als dem unentgeltlichen Erwerber – die Einrede der Entreicherung bereits *von vornherein* nicht zu.<sup>675</sup>

#### **(1) Bösgläubigkeit des Gegners als Schutzniveau des Regelfalls**

Aufgrund der von vornherein fehlenden Entreicherungseinrede lässt sich für den Regelfall des entgeltlichen Erwerbs wiederum schlussfolgern, dass der Anfechtungsgegner dann aber auch schon *von vornherein bösgläubig* sein muss, und zwar in dem Sinne, dass der Gegner bereits bei der Annahme seines entgeltlichen Erwerbs von der Gläubigerbenachteiligung eine Kenntnis haben muss, die die Voraussetzungen des Absatz 2 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG erfüllt. Denn anderenfalls ergäbe sich ein offener Wertungswiderspruch zur Sonderregelung der unentgeltlichen Leistung, weil der unentgeltliche Erwerber besser geschützt wäre als der entgeltliche. Wird nämlich bei einer unentgeltlichen Leistung die Entreicherungseinrede erst dann ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner bösgläubig ist, könnte sich der gutgläubig Beschenkte auf seine Entreicherung noch berufen, während dieser Einwand dem gutgläubig entgeltlichen Erwerber allerdings gemäß Absatz 1 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG schon von Anfang an nicht zustünde. Hierdurch würde die Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs freilich in ihr Gegenteil verkehrt.<sup>676</sup>

Ist es zur Vermeidung eines solchen Widerspruchs daher also erforderlich, dass im Regelfall eines entgeltlichen Erwerbs der Anfechtungsgegner auch von Anfang an bösgläubig ist, han-

<sup>673</sup> Braun/Riggert, InsO, § 143 Rn. 20; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 143 Rn. 57; Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 168.

<sup>674</sup> BGH, NJW-RR 2013, 419 Rn. 12.

<sup>675</sup> BGH, NZI 2011, 644 Rn. 21; NJW-RR 2007, 557 Rn. 14; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 31; Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 168. Im Bereicherungsrecht folgt dies aus §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB, siehe nur Palandt/Sprau, BGB, § 818 Rn. 53.

<sup>676</sup> Vgl. auch Marotzke, ZInsO 2014, 417, 424, der zu Recht darauf hinweist, dass der Anfechtungsgegner bei einem entgeltlichen Erwerb nicht einer strikteren Rückgewährpflicht unterfallen kann, als dies im Sonderfall der unentgeltlichen Erwerbs möglich ist.



delt es sich hierbei um ein Schutzniveau, das im Regelfall der Anfechtung nicht unterschritten werden darf. Gerade weil diese Bösgläubigkeit dabei aber schon von vornherein vorliegen muss, lässt sich die Einhaltung des Schutzniveaus nur sicherstellen, wenn im Regelfall bereits die *Anfechtungstatbestände* beim Gegner eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung begründen. In diesem Sinne muss der von Absatz 2 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG geforderte Nachweis einer Bösgläubigkeit des Gegners von den Tatbeständen also bereits impliziert werden.<sup>677</sup>

Hierdurch wird aber nicht nur die These der Ausgangslage bestätigt, dass die Tatbestände gerade aus der Perspektive des Anfechtungsgegners zu lesen sind. Vielmehr wird diese Sichtweise auch weiter konkretisiert. Denn aufgrund des zu erreichenden Schutzniveaus müssen die Voraussetzungen der Tatbestände im Regelfall so ausgelegt werden, dass der Anfechtungsgegner wie in Absatz 2 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG »weiß oder den Umständen nach wissen muss«, dass die Vermögensverschiebung die Gläubiger benachteiligt. Damit ist gerade in Form der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung aber ein allgemeiner Leitgedanke der Tatbestände vorgegeben, an dem sich deren Auslegung zu orientieren hat.

## (2) Bösgläubigkeit als normative Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung

Dieser Rückschluss erscheint unproblematisch, soweit die Anfechtungstatbestände des entgeltlichen Erwerbs in den §§ 131 Abs. 1 Nr. 3, 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung schon ausdrücklich voraussetzen. Seine eigentliche Sprengkraft erhält er deshalb erst dadurch, dass die überwiegende Mehrheit der Tatbestände eine solche Kenntnis beim Anfechtungsgegner positiv nicht fordert. Hierdurch besteht allerdings nur auf den ersten Blick ein Widerspruch. Denn auch Absatz 2 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG setzt eine positive Kenntnis nicht voraus, sondern lässt es vielmehr bereits ausreichen, dass der Anfechtungsgegner »den Umständen nach wissen muss«, dass die Gläubiger benachteiligt werden. Das heißt also, dass die positive Kenntnis – im Ansatz vergleichbar zur Bösgläubigkeit in § 932 Abs. 2 BGB – durch eine wertende Betrachtung ersetzt werden kann,<sup>678</sup> wenn der Gegner die Gläubigerbenachteiligung zumindest »den Umständen nach« hätte erkennen müssen. Damit wird die Bösgläubigkeit letztlich jedoch nicht in einem positiven, sondern in einem wertenden, das heißt in einem *normativen* Sinne gehandhabt.

Und tatsächlich lässt sich durch diese Normativierung der Bösgläubigkeit die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung auch aus denjenigen Anfechtungstatbeständen herauslesen, in denen sie nicht positiv gefordert wird.<sup>679</sup> Denn sofern die Tatbestände der Vorsatzanfechtung in den §§ 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO, 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AnfG statt auf eine Kenntnis von der Benachteiligung auf eine solche vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners abstellen, ist darin zwar nicht zwingend schon die Kenntnis von der Benachteiligung selbst enthalten. Allerdings wurde in der Ausgangslage bereits dargelegt, dass die Gläubigerbenachteiligung aus Sicht des Gegners aufgrund seiner Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners besonders wahrscheinlich ist, weil der Gegner dann allen Grund hat davon auszugehen, dass die Gläubigerbenachteiligung auch tatsächlich eintreten wird.<sup>680</sup> Insofern befindet sich der Gegner bei der Vorsatzanfechtung also in einer Situation, in der er von der Gläubigerbenachteili-

<sup>677</sup> Eine Ausnahme kann allenfalls dann bestehen, wenn der Anfechtungsgegner schon aufgrund von Sonderwertungen keines Schutzes mehr bedarf. Sofern Sonderwertungen jedoch nicht greifen, kann auf die Bösgläubigkeit des Gegners aufgrund eines Erst-recht-Schlusses aus Absatz 2 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG nicht verzichtet werden.

<sup>678</sup> Vgl. auch Henckel, ZIP 1982, 391, 394.

<sup>679</sup> Aufgrund von Sonderwertungen bilden eine Ausnahme nach hier vertretener Auffassung lediglich die §§ 135, 136 InsO und §§ 6, 6a AnfG, sowie freilich die § 134 InsO und § 4 AnfG selbst. Diesen Sonderwertungen wird sich im späteren Verlauf der Arbeit noch gewidmet. Siehe hierzu noch unter C.II.3)b), ab Seite 272 ff.

<sup>680</sup> Siehe hierzu bereits unter B.IV.2)a)aa), Seite 86.

gung wenigstens »den Umständen nach« wissen müsste.<sup>681</sup> Die positive Kenntnis wird hier also durch die Merkmale der Tatbestände ersetzt.

Entsprechendes muss im Prinzip gelten, wenn der Gegner bei den Tatbeständen der §§ 130, 132 InsO zwar nur von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners weiß, in dieser Situation allerdings Deckungen oder unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen des Schuldners gleichwohl noch in Empfang nimmt. Dass hier der Anfechtungsgegner »den Umständen nach« auch von der Benachteiligung der Gläubiger wissen muss, leuchtet insbesondere im Falle des § 130 InsO ohne Weiteres ein. Denn in der Ausgangslage wurde bereits dargelegt, dass in der Insolvenzreife des Schuldners die Befriedigung eines Gläubigers typischerweise auf Kosten anderer geht, weil die ohnehin schon unzureichende Haftungsmasse noch weiter verringert wird.<sup>682</sup> Weiß der Anfechtungsgegner von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, muss sich ihm deshalb bei der Annahme seiner Befriedigung aber auch »den Umständen nach« der Schluss aufdrängen, dass auf der Kehrseite andere Gläubiger benachteiligt werden.<sup>683</sup>

Selbiges gilt im Ergebnis für den Fall des § 132 InsO. Insofern wurde in der Ausgangslage ebenso bereits aufgezeigt, dass in der klassischen Konstellation des § 132 Abs. 1 InsO die Gläubiger typischerweise einen Nachteil erleiden, weil durch den Abschluss eines wirtschaftlich unausgeglichene Vertrages in der Insolvenzreife des Schuldners der Forderungsausfall für die Gläubiger noch einmal gesteigert wird.<sup>684</sup> Nichts anderes gilt für den reformierten Anwendungsbereich des § 132 InsO, der in der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners neben unausgeglichene Verträgen auch noch andere Handlungen erfasst, die für die Haftungsmasse ebenfalls ungünstig sind.<sup>685</sup> Weiß der Anfechtungsgegner in diesen Fällen von der Zahlungsunfähigkeit, muss ihm deshalb auch in diesen Situationen wenigstens »den Umständen nach« bekannt gewesen sein, dass die Gläubiger benachteiligt werden.

Als einziger „Problemfall“ erscheint insoweit nur die Anfechtung inkongruenter Deckungen gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO, weil diese objektiviert ist und damit eine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht direkt voraussetzt. Dies steht jedoch der Idee eines allgemeinen Leitgedankens in Form der Bösgläubigkeit des Gegners nicht entgegen, sondern verdeutlicht sogar im Gegenteil seinen Nutzen. Während nämlich bei der Handhabung des Merkmals der Inkongruenz nach der traditionellen Auffassung wie gesehen eine erhebliche Unsicherheit besteht, die in Zweifelsfällen in einer bloßen Interessenabwägung kulminiert,<sup>686</sup> ist durch die Bösgläubigkeit hingegen eine klare Wertung vorgegeben, an der sich die Handhabung orientieren kann. Denn insofern wurde in der Ausgangslage ebenfalls schon erwähnt, dass für die Inkongruenz einer Deckung im Sinne einer »besonderen Verdächtigkeit« vorausgesetzt werden sollte, dass die objektiven Umstände der Deckung bereits so verdächtig sind, dass es gerechtfertigt erscheint, die Bösgläubigkeit des Gegners unwiderleglich zu vermuten.<sup>687</sup> Dies entspricht aber gerade dem Leitgedanken, dass dem Gegner wenigstens »den Umständen nach« die Gläubigerbenachteiligung bekannt gewesen sein muss.

---

<sup>681</sup> Insoweit auch BGH, NJW-RR 2013, 419 Rn. 13, der zu Recht darauf hinweist, dass der Anfechtungsgegner bei einer Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners »nicht i. S. von § 143 Absatz 2 Satz 1 InsO gutgläubig« sein kann. Vgl. ebenso Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rdnr. 154; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 101.

<sup>682</sup> Siehe hierzu bereits unter B.II.3)c)bb)(1), Seite 65.

<sup>683</sup> Insofern auch BGH, NJW 2005, 1121, 1123, der allerdings unerwähnt lässt, dass der Anfechtungsgegner selbst in der Situation der Deckungsanfechtung auf ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung tatsächlich noch vertrauen kann. Dieses Vertrauen ist normativ lediglich nicht mehr anerkennenswert.

<sup>684</sup> Siehe hierzu bereits unter B.III.2)c)aa), Seite 74.

<sup>685</sup> Siehe hierzu bereits unter B.III.2)c)bb), Seite 74 f.

<sup>686</sup> Siehe hierzu bereits unter B.IV.2)d)cc)(3), Seite 111 f.

<sup>687</sup> Vgl. Henckel, ZIP 1982, 391, 396. Siehe hierzu bereits unter B.IV.2)d)cc)(1), Seite 110 f.

**cc) Zwischenfazit**

Damit zeigt sich also, dass sich der Gedanke einer Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung bei einer Normativierung der Bösgläubigkeit mit den Anfechtungstatbeständen des Regelfalls tatsächlich vereinbaren lässt. Insofern handelt es sich nicht nur um einen Rückschluss aus den Rechtsfolgen, sondern um eine Parallelwertung, welche die Tatbestände offenbar wie ein roter Faden durchzieht. Diese Parallelwertung hat den Vorteil, dass sie einerseits Wertungswidersprüche mit den Rechtsfolgen einer Anfechtung vermeidet, weil sie sicherstellt, dass der unentgeltliche Erwerber nicht besser geschützt ist als der entgeltliche. Andererseits kann sie bei der Anwendung der Tatbestände in Zweifelsfällen aber auch einen klaren Orientierungspunkt vorgeben, nach welchem sich die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung ausrichten lässt. Deshalb soll im weiteren Fortgang der Arbeit die Parallelwertung einer normativen Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung für die Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas der Anfechtbarkeit zugrundegelegt werden.

**b) Annahmeverschulden des Anfechtungsgegners**

Dass die Voraussetzung einer Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung für den Anfechtungsgegner ein wichtiges Schutzniveau darstellt, liegt vor allem daran, dass der Gegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit vor der Anfechtbarkeit seines Erwerbs gewarnt ist. Diese Warnung entfaltet eine schützende Wirkung, weil es dem Anfechtungsgegner hierdurch möglich wird, sein Verhalten entsprechend der Warnung anzupassen und dadurch Risiken zu vermeiden. Missachtet er die Warnung hingegen, hat er das Risiko selbst gewählt und damit seine Schutzwürdigkeit verwirkt.

Wenn die Anfechtungstatbestände nun die Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Gegners enthalten, ist dieser also bereits bei der Annahme seines Erwerbs über die Anfechtbarkeit gewarnt gewesen. Die fehlende Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners ergibt sich dementsprechend daraus, dass er sich dem Anfechtungsrisiko selbst aussetzte, indem er ungeachtet der Warnung seinen Erwerb trotzdem noch annahm. Denn grundsätzlich hätte der Anfechtungsgegner den Erwerb ebenso ablehnen können, weil im Zivilrecht die in den §§ 333, 516 Abs. 2, 1942 BGB zum Ausdruck kommende Prämisse gilt, dass sich niemand gegen seinen Willen einen Erwerb aufdrängen lassen muss.<sup>688</sup>

Aufgrund der gegenteiligen Entscheidung des Anfechtungsgegners ist es also naheliegend, dass die Tatbestände mit der Parallelwertung der Bösgläubigkeit zugleich den Vorwurf enthalten, dass der Gegner durch die Annahme seines Erwerbs die Warnung vor der Anfechtbarkeit missachtet hat. Dabei könnte dieser Vorwurf schlagwortartig auch als anfechtungsrechtliches *Annahmeverschulden* bezeichnet werden, weil sich der Anfechtungsgegner durch die Annahme seines Erwerbs nicht so verhalten hat, wie es ihm entsprechend seiner Bösgläubigkeit möglich gewesen wäre.

Wie sogleich am Beispiel von mittelbaren Zuwendungen zu zeigen sein wird, lässt sich dieser Vorwurf eines Annahmeverschuldens für die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung fruchtbar machen. In diesem Sinne wird sich herausstellen, dass insbesondere aus den Neuregelungen der Rechtsfolgen geschlussfolgert werden kann, dass die Anfechtungstatbestände den Vorwurf eines Annahmeverschuldens tatsächlich implizieren müssen, so dass letzteres auch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aufgefasst werden kann.

**aa) Sekundäre Wertersatzpflicht bei Verschulden**

Wie erwähnt enthält der im Zuge der Insolvenzrechtsreform neu eingefügte Absatz 1 Satz 2 der §§ 143 InsO, 11 AnfG einen Rechtsfolgenverweis ins Bereicherungsrecht. Der eigentliche

---

<sup>688</sup> Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 333 Rn. 1; NomosHK/*Schulze*, BGB, § 333 Rn. 1; vgl. auch MüKo/*Gottwald*, BGB, § 333 Rn. 1.

Anlass für diese Neuregelung waren die Fälle, in denen der verlorene Vermögensgegenstand in seiner ursprünglichen Form vom Anfechtungsgegner nicht mehr zurückgewährt werden kann.<sup>689</sup> Denn grundsätzlich ist der Anfechtungsanspruch gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO auf die Rückgewähr gerade desjenigen Vermögensgegenstandes gerichtet, welcher durch die Rechtshandlung »veräußert, weggeben oder aufgegeben« wurde. Nach allgemeiner Ansicht soll diese Rückgewähr primär »in natura« erfolgen, so dass die Haftungsmasse genau denselben Gegenstand zurückerhält, den sie vorher auch verloren hat.<sup>690</sup>

Falls eine solche Rückgewähr in natura nicht möglich ist, war zwar schon vor der Insolvenzrechtsreform überwiegend anerkannt, dass der Anfechtungsgegner dann wenigstens sekundären Wertersatz leisten muss. Allerdings kam es nach der damals herrschenden Meinung dabei nicht darauf an, ob der Anfechtungsgegner die Unmöglichkeit der Rückgewähr in natura auch zu vertreten hatte, so dass die Frage des Verschuldens für den sekundären Wertersatz keine Rolle spielte.<sup>691</sup> Eine solch verschuldensunabhängige „Zufallshaftung“ des Anfechtungsgegners sah der Gesetzgeber wiederum als nicht gerechtfertigt an, weshalb durch den neu eingefügten Verweis auf die Haftung eines bösgläubigen Bereicherungsschuldners erreicht werden sollte, dass der Gegner gemäß den §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989, 990 BGB »lediglich für die schuldhafte Unmöglichkeit« auf einen sekundären Wertersatz haftet.<sup>692</sup>

Der tiefere Grund für diese Neuregelung liegt somit in der Stärkung des Schutzes des Anfechtungsgegners. Diese Änderung gegenüber dem alten Recht ist aufgrund der klaren gesetzgeberischen Wertung für sich gesehen nunmehr unstrittig. Mit der Entscheidung für ein Verschuldenserfordernis des Anfechtungsgegners ist allerdings noch nicht gesagt, wie sich ein solches Verschulden in das System des Anfechtungsrechts einfügt. Insbesondere ist in der Diskussion bislang noch wenig geklärt, durch welche Umstände ein Verschulden eigentlich begründet werden kann.<sup>693</sup>

#### **bb) Annahmekauf als Verschulden**

Nach der hier vertretenen Auffassung muss für dieses Verschulden im Regelfall der Anfechtung bereits die Annahme des Erwerbs ausreichen. In diesem Sinne ist das eben dargelegte Annahmeverschulden zugleich auch schon das Verschulden, das für den Anfechtungsgegner eine sekundäre Wertersatzpflicht auslöst. Diese These erscheint nur auf den ersten Blick als „überstürzt“ und lässt sich vielmehr am Beispiel der mittelbaren Zuwendung verdeutlichen. Denn insbesondere in den klassischen Anweisungsfällen ist für den Empfänger der Zuwendung eine primäre Rückgewährpflicht in natura bereits *von vornherein* ausgeschlossen, weil der Empfänger hier etwas anderes erhält, als der Schuldner aus seinem Vermögen aufgeben

<sup>689</sup> Siehe die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 167.

<sup>690</sup> BGH, NJW 1978, 1326; Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 143 Rn. 2; Braun/Riggert, InsO, § 143 Rn. 4 f.; Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rn. 36; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 21 f.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 143 Rn. 8; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 143 Rn. 20 und 23.

<sup>691</sup> Begründung des RegE, aaO. Vgl. zur alten Rechtslage nur *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 315 f., der von einer klassischen Domäne des »rigor juris« spricht, bei dem »die Frage des Verschuldens grundsätzlich keine Rolle spielt«.

<sup>692</sup> Begründung des RegE, aaO. Vgl. auch BGH, NJW-RR 2012, 1959 Rn. 34; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 143 Rn. 25; *Breutigam/Tanz*, ZIP 1998, 717, 724.

<sup>693</sup> Siehe zum Diskussionsstand etwa *Thole*, Gläubigerschutz, S. 532 ff. Vgl. auch BGH, NJW 2012, 1959 Rn. 31; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 79; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 143 Rn. 33, wonach zumindest schon jede freiwillige Weitergabe des anfechtbar erworbenen Gegenstandes ein Verschulden für die Unmöglichkeit der Rückgewähr in natura begründet. Nach Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO, scheidet eine Haftung des Anfechtungsgegners daher »nur in wenigen Fällen« aus.

hat.<sup>694</sup> Während hier nämlich der Empfänger von der Mittelsperson eine gegenständliche Leistung erwirbt, wird das Vermögen des Schuldners wiederum „nur“ in Form eines Anspruchsverlusts gegen die Mittelsperson belastet.

*Illustration:*



Weil in solchen Fällen für den Empfänger die Rückgewähr des aufgegebenen Anspruchs nicht möglich ist, kommt für ihn von Anfang an lediglich eine Wertersatzpflicht in Betracht.<sup>695</sup> Wäre aber auch diese ausgeschlossen, weil den Empfänger an der Unmöglichkeit der primären Rückgewähr kein Verschulden trifft, wäre der Empfänger der mittelbaren Zuwendung allein aufgrund der Beschaffenheit seines Erwerbs den Rechtsfolgen einer Anfechtung insgesamt entzogen. Diese Konsequenz wäre freilich untragbar.

Um dieses Ergebnis zu vermeiden, ist es deshalb zwingend, das für eine Wertersatzpflicht erforderliche Verschulden des Anfechtungsgegners bereits in der bloßen Annahme des Erwerbs zu erkennen,<sup>696</sup> so dass letztlich schon die Erfüllung des Anfechtungstatbestandes dieses Verschulden enthalten muss. Dem entspricht es, dass *Kirchhof* zur Herleitung eines Annahmeverschuldens zu Recht die Gleichsetzung des Anfechtungsgegners mit einem bösgläubigen Bereicherungsschuldner heranzieht, indem er darauf hinweist, dass insbesondere die frühzeitige Rechtshängigkeitsfiktion gemäß § 819 Abs. 1 BGB dazu führe, dass der Anfechtungsgegner »stets mit der Verwirklichung der Rückgewährpflicht zu rechnen« habe.<sup>697</sup> Dies bedeutet allerdings nichts anderes, als dass der Anfechtungsgegner durch seine Bösgläubigkeit vor der Anfechtbarkeit gewarnt gewesen ist. Insofern muss der Gegner sich also im Sinne eines Annahmeverschuldens den Vorwurf gefallen lassen, dass er seinen Erwerb trotz seiner Bösgläubigkeit noch annahm.

Wenn dieses Annahmeverschulden zur Begründung einer Wertersatzpflicht also bereits ausreicht, weil der Gegner »stets mit der Verwirklichung der Rückgewährpflicht zu rechnen« hat, ist diese Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners jedoch keine Besonderheit der Konstellation der mittelbaren Zuwendung. Vielmehr ist das Annahmeverschulden aufgrund der in den Tatbeständen enthaltenen Parallelwertung der Bösgläubigkeit im Regelfall der Anfechtung typischerweise miterfüllt, so dass der Gegner grundsätzlich schon wegen der Erfüllung des Tatbestandes zu einem etwaigen Wertersatz verpflichtet sein müsste.

Wenn in der Konsequenz das Verschuldenserfordernis für den Anfechtungsgegner allerdings kaum noch einen eigenständigen Schutz bewirkt, ließe sich dieser Bedeutungsverlust wieder auffangen, wenn man das Annahmeverschulden nicht nur als Voraussetzung einer sekundären Wertersatzpflicht, sondern im Sinne eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals auch als Voraussetzung der Anfechtung selbst versteht. Denn wie sogleich zu zeigen sein wird, könnte hierdurch der Schutzwürdigkeit des Gegners in allgemeiner Weise angemessen Rechnung getragen werden.

<sup>694</sup> Richtig *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 107. *MüKo/Kirchhof*, aaO, nennt als Beispiel auch die bargeldlose Überweisung.

<sup>695</sup> Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 31; *Neyses*, aaO; *Lüke*, ZIP 2001, 1. Anders, aber unzutreffend, die herrschende Meinung; siehe zum Diskussionsstand im Einzelnen noch C.I.4)b)aa), Seite 164.

<sup>696</sup> *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 143 Rn. 79. Anders aber *Jaeger/Henckel*, InsO, § 143 Rn. 133, der auf ein Verschuldenserfordernis in diesen Fällen von vornherein verzichten will. So offenbar auch *Neyses*, aaO.

<sup>697</sup> *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 143 Rn. 78.

### cc) **Überschießendes Verlustrisiko des Gegners**

Indem die sekundäre Wertersatzpflicht seit der Insolvenzrechtsreform von einem Verschulden des Anfechtungsgegners abhängt, hat der Reformgesetzgeber insbesondere das Risiko des Gegners abgemildert, dass dieser sich infolge der Anfechtung schlechter stellt, als er vor der anfechtbaren Rechtshandlung stand. Denn nicht selten beruht die Unmöglichkeit der primären Rückgewährpflicht darauf, dass der anfechtbar erhaltene Erwerb beim Gegner untergegangen oder sonst verloren gegangen ist. Soweit der Gegner in solchen Situationen um seinen Erwerb einerseits nicht mehr bereichert ist, er andererseits aber infolge einer Anfechtung zu einem sekundären Wertersatz gleichwohl noch verpflichtet sein kann, trifft ihn jedoch ein über die bloße Rückgewähr des Erwerbs hinausgehendes Verlustrisiko.

Dabei ist das Bestehen eines überschießenden Verlustrisikos eine allgemeine Folge der Anfechtbarkeit.<sup>698</sup> Denn wie bereits erwähnt wurde, steht dem Anfechtungsgegner im Regelfall der Anfechtung die Einrede der Entreicherung nicht zu, so dass es für seine Rückgewährpflicht grundsätzlich unerheblich ist, ob dem Anfechtungsgegner ein Vorteil verblieben ist. Diese Irrelevanz einer Bereicherung ist konsequent, denn sie entspricht dem Zweck des Anfechtungsrechts. Das Anfechtungsrecht dient nämlich nicht etwa der Abschöpfung eines Vorteils, sondern dem Ausgleich eines Nachteils in Form der Gläubigerbenachteiligung. Ob dem Anfechtungsgegner letztlich eine Bereicherung verblieben ist oder ob er seinen Vorteil wieder eingebüßt hat, kann deshalb grundsätzlich keine Bedeutung haben.

Dem entspricht es, dass auch schon vor der Insolvenzrechtsreform anerkannt war, dass der Gegner sich auf eine Entreicherung nicht berufen kann. Vielmehr ist es seit jeher einhellige Auffassung, dass die anfechtungsrechtliche Rückabwicklung grundsätzlich selbst dann zu erfolgen hat, wenn der Gegner durch den Vermögensvorgang letztlich nicht bereichert wurde.<sup>699</sup> Insbesondere ist die Rückabwicklung unabhängig vom Fortbestand der Bereicherung.<sup>700</sup> Wenn das hiermit einhergehende überschießende Verlustrisiko nunmehr allerdings zumindest insoweit abgemildert wurde, als dass eine sekundäre Wertersatzpflicht nur bei einem Verschulden des Anfechtungsgegners in Betracht kommt, lässt sich dieser Gedanke aber auch allgemein zur anfechtungsrechtlichen Lösungsfindung fruchtbar machen, wenn man das Verschuldenserfordernis im Sinne eines Annahmeverschuldens als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auffasst. Dies soll im Folgenden wieder am Beispiel der mittelbaren Zuwendung verdeutlicht werden.

#### **(1) Ausnahme zugunsten der Mittelsperson einer mittelbaren Zuwendung?**

Bei der Anfechtung einer mittelbaren Zuwendung besteht ein überschießendes Verlustrisiko insbesondere aus der Sicht der Mittelsperson. Weil die Mittelsperson im Zuwendungsvorgang nämlich regelmäßig als bloße »Zahlungs- und Verrechnungsstelle« fungiert, behält sie durch den Vorgang bilanziell keinen eigenen Vorteil.<sup>701</sup> Könnte die Mittelsperson trotz des fehlenden Vorteils einer Anfechtbarkeit ausgesetzt sein, würde sich die Mittelsperson durch die Anfechtung letztlich also schlechter stellen, als sie vor dem Zuwendungsvorgang stand. Deshalb nimmt die herrschende Meinung gerade den fehlenden Vorteil der Mittelsperson seit jeher

<sup>698</sup> Vgl. auch *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 341; sowie *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 272, der für den Fall der Insolvenz des Schuldners noch das weitere Risiko des befriedigten Gläubigers herausstreicht, nach der Anfechtung eine geringere Quote zu erhalten, als er bei einer direkten Stellung des Insolvenzantrags erhalten hätte.

<sup>699</sup> So schon RG, JW 1911, 107, 108; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 76 und 100. Vgl. auch Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 31.

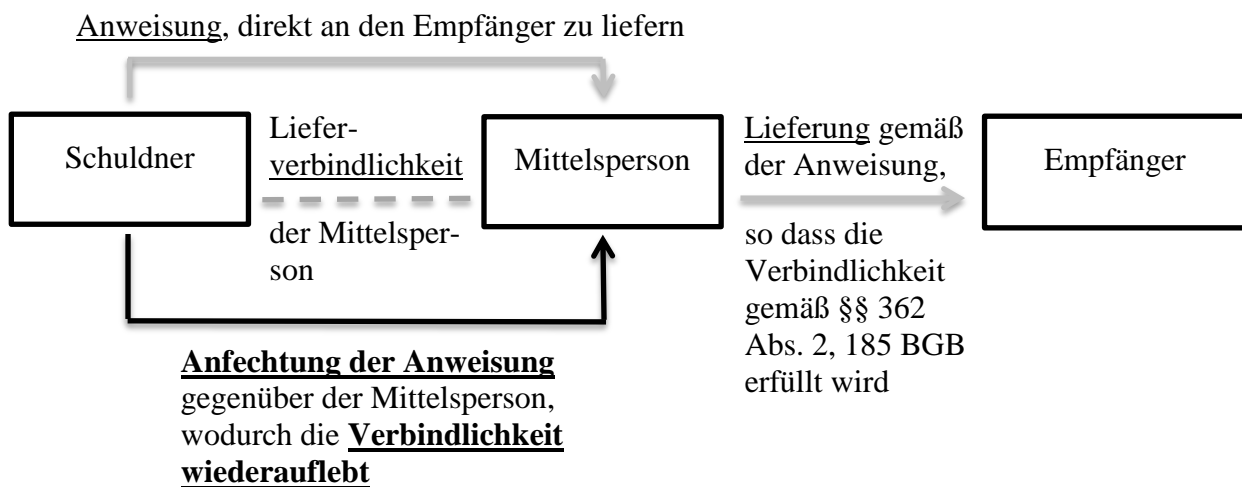
<sup>700</sup> BGH, NZI 2011, 644 Rn. 21; NJW 1970, 44, 46; NJW 1964, 1319, 1321; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 21. Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 143 Rn. 21.

<sup>701</sup> BGH, NJW 2012, 1959 Rn. 21; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 49 f.

zum Anlass, eine Anfechtung gegen die Mittelsperson für grundsätzlich unzulässig zu erklären.<sup>702</sup>

Zur Begründung wird in den klassischen Anweisungsfällen darauf hingewiesen, dass anderenfalls die Gefahr einer Doppelbelastung bestünde, weil die Mittelsperson ihre Verbindlichkeit bei einer Anfechtung zweimal erfüllen müsste.<sup>703</sup> Denn wenn die Mittelsperson in den Anweisungsfällen gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB dazu angewiesen wird, statt an den Schuldner an den Empfänger zu liefern, führte eine Anfechtung dieser Anweisung dazu, dass die anweisungsgemäße Lieferung an den Empfänger ihre gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB bestehende schuldbefreiende Wirkung wieder verlieren würde, so dass die Verbindlichkeit der Mittelsperson wiederauflebte. In der Folge müsste die Mittelsperson zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit also nochmal erneut an den Schuldner liefern, obwohl sie bereits einmal an den Empfänger lieferte.

*Illustration:*



In einer solchen Konstellation realisiert sich für die Mittelsperson infolge der Anfechtung ein überschießendes Verlustrisiko, weil ihr in Form der Befreiung von ihrer Verbindlichkeit ein Vorteil genommen wird, welchen sie bilanziell gesehen eigentlich schon im Zeitpunkt seines Eintretens – in Form der hierfür aufgewendeten Lieferung an den Empfänger – wieder verloren hatte.

Auch wenn deshalb einzuräumen ist, dass sich die Mittelsperson hier in einer besonders misslichen Lage befindet, so dass das allgemeine Billigkeitsempfinden eine gesteigerte Schutzwürdigkeit der Mittelsperson nahelegt, ist es jedoch inkonsequent, diese Schutzwürdigkeit bereits mit dem fehlenden Vorteil der Mittelsperson zu begründen. Denn nach dem eben Gesagten dient die Anfechtung nicht der Abschöpfung eines Vorteils, sondern dem Ausgleich eines Nachteils, weshalb es auf eine verbliebene Bereicherung des Anfechtungsgegners eigentlich nicht ankommt. In diesem Sinne ist aber nicht ersichtlich, weshalb hiervon zugunsten der Mittelsperson eine Ausnahme gemacht werden sollte. Vielmehr ist das Bestehen eines überschießenden Verlustrisikos die allgemeine Folge der Anfechtbarkeit, die eine Sonderbehandlung der Mittelsperson nicht rechtfertigt.

<sup>702</sup> So schon RGZ 117, 86. Siehe auch HK/Kreft, InsO, § 129 Rn. 93; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 7; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 293. Ehricke, in: Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 2 Rn. 27; Burchard, Dreieck, S. 87. Vgl. auch Ede, ZInsO 2012, 1541, 1542.

<sup>703</sup> BGH, NJW 1999, 3636, 3637; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 296; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 74 f.; Thole, Gläubigerschutz, S. 352 f. Vgl. auch BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 24; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 133; Wazlawik, NZI 2010, 881, 882.

Wenn deshalb allein das Argument eines fehlenden Vorteils tatsächlich nicht dazu geeignet ist, die Mittelsperson vor einer Anfechtung zu schützen, wird dies auch dadurch bestätigt, dass zumindest eine Vorsatzanfechtung trotz des fehlenden Vorteils von der herrschenden Meinung noch für möglich gehalten wird. Insofern wurde in der Ausgangslage bereits dargelegt, dass der Vorsatzanfechtung gegenüber den anderen Tatbeständen eine Art »Reservefunktion« beigemessen wird, so dass der fehlende Vorteil der Mittelsperson also wenigstens im Falle der Vorsatzanfechtung kein Hindernis mehr darstellen soll.<sup>704</sup>

Eine tragfähige Begründung für diese tatbestandsabhängige Differenzierung ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar wird wie gesehen darauf verwiesen, dass bei einer Vorsatzanfechtung die Mittelsperson keine reine »Zahlungs- und Verrechnungsstelle« mehr darstelle, sondern aufgrund eines »letztlich kollusiven« Zusammenwirkens mit dem Schuldner ihre Rolle als bloße Zahlstelle verlasse.<sup>705</sup> Dies kann wie dargelegt aber schon deshalb nicht überzeugen, weil der Fall eines kollusiven Zusammenwirkens in der Vorsatzanfechtung fehlplatziert ist.<sup>706</sup>

## (2) Verschuldenserfordernis als Differenzierungskriterium

Stattdessen ist es nach hier vertretener Auffassung deutlich naheliegender, die Schutzwürdigkeit der Mittelsperson anhand eines Verschuldenserfordernisses zu berücksichtigen, indem danach zu fragen ist, ob sich die Mittelsperson auch hätte anders verhalten können. Denn tatsächlich ist es nicht der fehlende Vorteil, den die Mittelsperson so besonders schutzwürdig erscheinen lässt, sondern die Tatsache, dass sie durch ihre Mitwirkung am Zuwendungsvorgang regelmäßig nur ihre Pflichten gegenüber dem Schuldner erfüllt.<sup>707</sup> Insbesondere in den klassischen Anweisungsfällen handelt die Mittelsperson nämlich lediglich in Erfüllung ihrer Verbindlichkeit, wenn sie auf Weisung des Schuldners an den Empfänger leistet. Kann man der Mittelsperson daher auf den ersten Blick eigentlich keinen Vorwurf machen, erscheint es aber gerade deshalb als unbillig, wenn sie als Anfechtungsgegner plötzlich noch ein zweites Mal leisten soll. Vielmehr wird von Teilen der Literatur zu Recht auf den Gedanken einer »rechtfertigenden Pflichtenkollision« hingewiesen, um eine Anfechtung gegen die Mittelsperson auszuschließen.<sup>708</sup>

Dabei kann diese Argumentation allerdings nur soweit zum Tragen kommen, wie die Mittelsperson zur Mitwirkung am Zuwendungsvorgang auch tatsächlich verpflichtet gewesen ist. Ständen der Mittelsperson hingegen alternative Handlungsoptionen offen, mit denen sie ihre Mitwirkung hätte vermeiden können, kann von einer Pflichtenkollision keine Rede mehr sein. Insoweit muss also nach den möglichen Handlungsweisen in der Situation der Mittelsperson differenziert werden.

Bei genauerer Betrachtung kommt eine Pflichtenkollision, bei der es an Handlungsalternativen mangelt, aber selbst in den klassischen Anweisungsfällen oftmals nicht in Betracht. Denn auch wenn die Mittelsperson hier gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB in Erfüllung ihrer Verbindlichkeit weisungsgemäß an den Empfänger leistet, stellt die Weisung nach § 185 BGB im Ausgangspunkt lediglich eine Ermächtigung dar und keine Verpflichtung.<sup>709</sup> Dementspre-

<sup>704</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)dd), Seite 88.

<sup>705</sup> BGH, NJW 2008, 1067 Rn. 24; NJW 2012, 1959 Rn. 26; Burchard, aaO.

<sup>706</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)dd), Seite 89.

<sup>707</sup> Vgl. in diesem Sinne im Ergebnis auch Jacoby, KTS 2009, 3, 22; Bork, ZIP 2008, 1041, 1049.

<sup>708</sup> Ede, ZInsO, 2012, 1541, 1543; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 182. Hingegen will der BGH, NZI 2013, 583, 585, bei einer Pflichtenkollision nur insoweit eine Einschränkung der Anfechtbarkeit vornehmen, als für die Mittelsperson »eine Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nur unter besonderen Voraussetzungen bejaht werden« könne, wenn die Mittelsperson zur Mitwirkung »gesetzlich verpflichtet« gewesen sei.

<sup>709</sup> Siehe nur MüKo/Fetzer, BGB, § 362 Rn. 14.



chend steht der Mittelsperson in solchen Fällen jedoch grundsätzlich auch die alternative Handlungsoption offen, ungeachtet der Weisung nicht an den Empfänger, sondern an den Schuldner selbst zu leisten und damit eine Mitwirkung am Zuwendungsvorgang zu vermeiden.

Soweit die Mittelsperson eine solche Handlungsalternative hatte, ist es auch nicht mehr unbillig, wenn sie trotz ihres fehlenden Vorteils eine Anfechtung trifft. Vielmehr muss sich die Mittelsperson dann im Sinne eines Annahmeverschuldens den Vorwurf gefallen lassen, dass sie sich dem überschießenden Verlustrisiko durch ihr Mitwirken am Zuwendungsvorgang selbst ausgesetzt hat. Denn insofern ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Mittelsperson vor der Anfechtbarkeit durch die Parallelwertung der Bösgläubigkeit der Anfechtungstatbestände gewarnt gewesen ist. Zum anderen hätte sie dieser Warnung aufgrund ihrer alternativen Handlungsoptionen durch eine Vermeidung ihrer Mitwirkung aber auch Rechnung tragen können.

**dd)      Regelungspotential als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal**

Insofern zeigt sich also, dass das Kriterium eines Annahmeverschuldens nicht nur für die Frage einer sekundären Wertersatzpflicht eine Relevanz hat, sondern auch darüber hinaus für die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung fruchtbar gemacht werden kann. Denn fasst man das Annahmeverschulden als Folge der Parallelwertung der Bösgläubigkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auf, lässt sich mit diesem begründen, dass der Anfechtungsgegner in Situationen, in denen die Warnung der Anfechtungstatbestände mit der zivilrechtlichen Rechtslage in Konflikt steht, mangels möglicher Handlungsalternativen von einer Anfechtung ausgeschlossen ist. Damit bietet das Kriterium des Annahmeverschuldens jedoch ein Regelungspotential, mit dem in Konfliktsituationen der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners – gewissermaßen als Annex zu seiner Bösgläubigkeit – angemessen Rechnung getragen werden kann.

Dabei ist freilich zu betonen, dass ein Annahmeverschulden im Ergebnis nur in Ausnahmefällen fehlen wird. Denn wie erwähnt gilt im Zivilrecht die Prämisse, dass sich niemand gegen seinen Willen einen Erwerb aufdrängen lassen muss, weshalb dem Anfechtungsgegner im Grundsatz stets die Möglichkeit offensteht, die Annahme zu verweigern. Aber selbst wo dies auf den ersten Blick nicht der Fall ist, bietet sich zumindest in der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß den Rechtsgedanken der §§ 297, 321 BGB die Herleitung eines Verweigerungsrechts an. Denn während nach § 297 BGB ein Annahmeverzug bei einem Unvermögen des Schuldners ausgeschlossen ist, begründet § 321 BGB bei einer mangelnden Leistungsfähigkeit des anderen Teils eine Einrede. Wie an späterer Stelle noch zu zeigen sein wird, lassen sich hierdurch Konflikte zwischen der Warnung der Anfechtungstatbestände und der zivilrechtlichen Rechtslage weitgehend vermeiden.<sup>710</sup>

**c)      Benachteiligung der Gläubiger als Rechtfertigungsgrund**

Schließlich lässt sich anhand der Rechtsfolgen der Anfechtung auch die These bestätigen, dass der Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit in der Gläubigerbenachteiligung zu sehen ist. Denn wenn die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung als Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners zugleich auch den Vorwurf eines Annahmeverschuldens begründen können soll – damit den Gegner eine Wertersatzpflicht trifft und er sich auf eine Entreicherung wie ein bösgläubiger Bereicherungsschuldner nicht mehr berufen kann – wird dies wie gesehen damit begründet, dass der Gegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit »stets mit der Verwirklichung der Rückgewährpflicht zu rechnen« hatte. Diese Warnung vor einer Anfechtbarkeit ist

---

<sup>710</sup> Siehe hierzu noch im Einzelnen unter C.II.3)a)cc)(2), ab Seite 263 ff.

in der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung allerdings nur dann zwingend enthalten, wenn die Gläubigerbenachteiligung auch den Grund für die Anfechtung darstellt.

Darüber hinaus spiegelt sich die zentrale Bedeutung des Kriteriums der Gläubigerbenachteiligung ebenso an den Ausgleichsansprüchen des Anfechtungsgegners wider, die auf Rechtsfolge gemäß §§ 144 InsO, 12 AnfG bestehen, sobald die Anfechtung der Vermögensverschiebung gemäß §§ 143 InsO, 11 AnfG auch tatsächlich durchgesetzt wurde.<sup>711</sup> So lebt eine Forderung des Anfechtungsgegners als Ausgleich für die Rückgewähr einer Leistung gemäß den §§ 144 Abs. 1 InsO, 12 Fall 2 AnfG wieder auf, wenn die Forderung durch die zurückgewährte Leistung erfüllt wurde, wohingegen bei der Anfechtung eines Kausalvertrages eine vom Gegner bereits erbrachte Gegenleistung gemäß §§ 144 Abs. 2 InsO, 12 Fall 1 AnfG wieder erstattet werden muss.<sup>712</sup>

Auch durch diese Ausgleichsansprüche des Anfechtungsgegners wird die Bedeutung der Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit bestätigt. Denn liegt der Grund der Anfechtung gerade in einem Nachteil der Gläubiger, folgt daraus zugleich, dass die Anfechtung auch nur zur Vermeidung dieses Nachteils berufen ist, so dass solche Rechtsfolgen, welche über das Ziel einer reinen Nachteilsvermeidung hinauschießen, nicht mehr gerechtfertigt werden können. Im Sinne eines »anfechtungsrechtlichen Bereicherungsverbot«<sup>713</sup> ist es deshalb bereits seit jeher anerkannt, dass den Gläubigern nach Sinn und Zweck der Anfechtung keine Vorteile verschafft werden sollen, welche sie ohne die anfechtbare Rechtshandlung nicht erlangt hätten.<sup>714</sup> Somit ist es nur folgerichtig, dass zur Vermeidung einer Bevorteilung der Haftungsmasse als Ausgleich gemäß §§ 144 InsO, 12 AnfG entweder die erfüllte Forderung des Gegners wieder auflebt, respektive eine bereits erbrachte Gegenleistung wieder erstattet werden muss.

#### **d) Zwischenfazit**

Bis hierhin soll demgemäß festgehalten werden, dass sich anhand von Rückschlüssen aus den Rechtsfolgen die in der Ausgangslage bereits eingeführten Thesen bestätigen und dabei sogar noch konkretisieren lassen. In diesem Sinne hat die These, dass die Anfechtungstatbestände die gemeinsame Funktion besitzen, die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu widerlegen, ihre Bestätigung darin gefunden, dass den Tatbeständen im Grundsatz die Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners zugrunde liegen muss. Ein solches Verständnis hat sowohl den Vorteil, dass es sich mit den Rechtsfolgen nahtlos in ein Gesamtsystem einfügt, als auch dass der Anwendung der Tatbestände ein gemeinsamer Leitgedanke vorgegeben werden kann.

Darüber hinaus hat sich ebenso gezeigt, dass diese Parallelwertung durch ein Annahmeverschulden des Anfechtungsgegners noch ergänzt werden kann, welches als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vorliegen muss. Die sachgerechte Konkretisierung dieses Annahmeverschuldens bietet zugleich die Möglichkeit zur Feinsteuerung der Schutzwürdigkeit des Gegners, soweit ihm aufgrund seiner zivilrechtlichen Ver-

<sup>711</sup> Vgl. MüKo/Kirchhof, InsO, § 144 Rn. 7; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 144 Rn. 2.

<sup>712</sup> Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 144 Rn. 1; Braun/Riggert, InsO, § 144 Rn. 2; MüKo/Kirchhof, InsO, § 144 Rn. 3.

<sup>713</sup> Von einem »anfechtungsrechtlichen Bereicherungsverbot« spricht insbesondere Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 36. Vgl. in diesem Sinne auch Braun/Riggert, InsO, § 144 Rn. 1; sowie MüKo/Kirchhof, InsO, § 144 Rn. 1; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 144 Rn. 1; C. Paulus, FS Fischer (2008), 445, 453.

<sup>714</sup> So schon RGZ 24, 141, 145; BGH, NJW 1983, 1123, 1124; NJW 1994, 449, 452; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 76; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 67; Uhlenbruck/Hirte, InsO (13. Aufl. 2010), § 129 Rn. 91. Vgl. auch Nerlich/Römermann/Nerlich, aaO; C. Paulus, aaO.

pflichtungen die Annahme seines Erwerbs trotz seiner Bösgläubigkeit mangels zumutbarer Handlungsalternativen ausnahmsweise nicht vorgeworfen werden kann.

Dass den Gegner der Vorwurf des Annahmeverschuldens überhaupt treffen kann, basiert wiederum darauf, dass er von der Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Parallelwertung der Tatbestände im Regelfall schon zum Zeitpunkt der Rechtshandlung Kenntnis hatte. Wusste er deshalb bereits von vornherein von seiner anfechtungsrechtlichen Rückgewährpflicht, kann es für die Rechtfertigung einer Anfechtung jedoch auf ein anderes Kriterium als die Gläubigerbenachteiligung nicht mehr ankommen. In diesem Sinne lässt sich anhand der Rechtsfolgen also ebenso die These bestätigen, dass die Gläubigerbenachteiligung schon den Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit darstellt, der als allgemeine Anfechtungsvoraussetzung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG tatbestandsübergreifend gilt.

## 2) Die tiefere Wertung hinter der Gläubigerbenachteiligung

Nach dem bisher Gesagten sprechen also viele Gründe dafür, in der Gläubigerbenachteiligung tatsächlich die normative Grundlage einer Anfechtbarkeit zu erblicken. Denn offensichtlich ist das komplette Anfechtungsrecht, das heißt von den Voraussetzungen bis zu den Rechtsfolgen einer Anfechtung, vom Gedanken einer Gläubigerbenachteiligung als Leitkriterium durchzogen. Dass die Benachteiligung der Gläubiger trotzdem nicht als Grund der Anfechtbarkeit anerkannt ist und stattdessen auf den weiteren Gedanken einer Gläubigergleichbehandlung oder eines Fehlverhaltens des Schuldners abgestellt wird, liegt wohl insbesondere daran, dass die Gläubigerbenachteiligung als alleinige Wertung zu „schwach“ erscheint, um die Stärke des Anfechtungsrechts normativ schon erklären zu können.

Insofern scheint es zunächst unklar zu sein, warum eigentlich bereits eine Benachteiligung der Gläubiger – also die Vereitelung der Erfüllung ihrer Forderung – dazu führen können soll, dass ein zivilrechtlich wirksamer Vermögensvorgang wieder rückabgewickelt wird. Denn immerhin wird hierdurch in die vermögensrechtliche Verfügungsfreiheit des Schuldners eingegriffen,<sup>715</sup> während erfüllungsvereitelnde Vorgänge – insbesondere in Form von Vertragsbrüchen – öfters vorkommen und deshalb für sich gesehen noch keine Besonderheit darstellen, die eine Anfechtbarkeit plausibel machen würde. Vielmehr ließe sich als Kritik anführen, dass gemäß §§ 137, 903 BGB eine rein schuldrechtliche Bindung den Schuldner in seiner Verfügungsmacht noch nicht einschränkt,<sup>716</sup> so dass allein die Vereitelung der Erfüllung einer schuldrechtlichen Forderung auch noch nicht ausreichen dürfte, um eine in die Verfügungsfreiheit des Schuldners eingreifende Anfechtung zu rechtfertigen.

Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, muss die tiefere Wertung ermittelt werden, die hinter dem Kriterium einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG steht und die begründen kann, warum eigentlich die Verfügungsfreiheit des Schuldners im Falle einer Gläubigerbenachteiligung zurücktreten muss. Dazu soll im Folgenden aufgezeigt werden, was die Fälle einer anfechtungsrechtlichen Gläubigerbenachteiligung von jenen einer „normalen“ Erfüllungsvereitelung unterscheidet. Auf diesem Wege soll das Besondere herausgestellt werden, das über eine „normale“ Erfüllungsvereitelung noch hinausgeht und das deshalb normativ stark genug ist, um eine Anfechtbarkeit erklären zu können. Als argumentativer Ausgangspunkt wird dafür zunächst der Schutz thematisiert, der den Gläubigern im Falle einer „normalen“ Erfüllungsvereitelung vom Zivilrecht eingeräumt wird.

### a) Zivilrechtlicher Gläubigerschutz bei erfüllungsvereitelnden Vorgängen

Zur Verdeutlichung des klassischen Falls einer erfüllungsvereitelnden Vermögensverschiebung, durch die der Schuldner die Erfüllung seiner schuldrechtlichen Pflichten umgeht, soll folgendes Beispiel dienen: Der Schuldner verkauft dem Gläubiger sein Kraftfahrzeug, jedoch ohne es ihm zugleich zu übereignen. Weil der Schuldner es sich später vielmehr anders überlegt, übereignet er das Kraftfahrzeug an einen nicht herausgabebereiten Dritten. Während der Schuldner hierzu aufgrund seiner Verfügungsfreiheit zivilrechtlich ohne Weiteres in der Lage ist, befindet sich das Kraftfahrzeug in der Folge allerdings nicht mehr in seinem Vermögen, so dass einerseits der Schuldner den Kaufvertrag nicht mehr erfüllen und andererseits der Gläubiger seinen Anspruch auf Übereignung des Kraftfahrzeugs nicht mehr durchsetzen kann.

In einer solchen Konstellation wird der Schutz des Gläubigers zivilrechtlich insbesondere durch Schadensersatzansprüche sichergestellt. Dabei lässt sich der Dritte auf diesem Wege

<sup>715</sup> G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 314. Vgl. auch Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.03.

<sup>716</sup> Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, § 137 Rn. 1; NomosHk/Eckert, BGB, § 903 Rn. 1.

freilich kaum in Anspruch nehmen. Denn während eine vertragliche Bindung zwischen Drittem und Gläubiger nicht besteht, ist deliktsrechtlich wiederum anerkannt, dass die Erfüllungsverweigerung beim Gläubiger keine Rechtsgutverletzung, sondern lediglich einen reinen Vermögensschaden hervorruft, welcher nach ganz herrschender Meinung nicht von § 823 BGB erfasst ist.<sup>717</sup> Stattdessen fallen reine Vermögensschäden lediglich unter § 826 BGB, der tatbestandlich allerdings eine besonders verwerfliche »sittenwidrige Schädigung« zulasten des Gläubigers voraussetzt.<sup>718</sup> Bezüglich einer solchen Sittenwidrigkeit bestehen im Wesentlichen zwei Voraussetzungen: Einerseits ist es erforderlich, dass der Dritte zumindest Kenntnis von der erfüllungsverweigernden Wirkung der Vermögensverschiebung hatte.<sup>719</sup> Andererseits reicht allein diese Kenntnis von der Schädigung des Gläubigers jedoch noch nicht aus. Denn um gerade eine Sittenwidrigkeit der Schädigung zu begründen, wird von der herrschenden Meinung zusätzlich eine »besondere Rücksichtslosigkeit« gegenüber dem Gläubiger verlangt,<sup>720</sup> welche insbesondere bei einem kollusiven Zusammenwirken zwischen Schuldner und Drittem anerkannt ist.<sup>721</sup>

Unterhalb der Schwelle einer Sittenwidrigkeit kann sich der Gläubiger zur Schadloshaltung gemäß § 280 BGB nur an seinen Schuldner wenden. Hierdurch wird er seine primäre Forderung jedoch in aller Regel nicht mehr durchsetzen können. Zwar ist der Schuldner im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 Abs. 1 BGB dazu verpflichtet, denjenigen Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. In diesem Sinne müsste der Schuldner also theoretisch versuchen, das Kraftfahrzeug vom Dritten wieder zurückzuerwerben, um dieses anschließend an den Gläubiger zu übereignen. Ist der Dritte allerdings wie im Beispielfall zu einer Rückübereignung nicht bereit, ist dem Schuldner eine solche Naturalrestitution unmöglich. Deshalb sieht § 251 Abs. 1 BGB als Rückfallregelung vor, dass bei einer Unmöglichkeit der Naturalrestitution der Gläubiger in Geld zu entschädigen ist. Das heißt also letztlich, dass sich der primäre Verschaffungsanspruch des Gläubigers bei einer erfüllungsverweigernden Vermögensverschiebung in eine sekundäre Geldforderung wandelt.

Durch diese Geldforderung ist dem Interesse des Gläubigers im Normalfall ausreichend gedient. Erfüllt der Schuldner nämlich zumindest die sekundäre Geldforderung, kann sich der Gläubiger mit diesem Geld schadlos halten, indem er beispielsweise ein Kraftfahrzeug bei einem anderen Verkäufer erwirbt. Ein Eingriff in die Verfügungsfreiheit des Schuldners ist zum Schutz des Gläubigers also aufgrund der sekundären Geldforderung prinzipiell nicht erforderlich.

**b) Anfechtungsrechtlicher Gläubigerschutz bei erfüllungsverweigernden Vorgängen**  
 Betrachtet man nun diese klassische erfüllungsverweigernde Vermögensverschiebung aus der Perspektive des Anfechtungsrechts, so steht hier eine Anfechtbarkeit auch gar nicht zur Debatte. Insbesondere stellt sich die Frage einer Anfechtbarkeit selbst dann nicht, wenn man als deren Rechtfertigungsgrund eine Gläubigerbenachteiligung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG bereits genügen lässt. Denn im obigen Beispielfall liegt eine Benachteiligung nur im zivilrechtlichen Sinne, nicht jedoch auch im anfechtungsrechtlichen Sinne vor. Das heißt obwohl der Gläubiger durch die Vermögensverschiebung des Schuldners seinen primären Verschaffungsanspruch nicht mehr durchsetzen kann, so dass er in diesem Sinne eigentlich benachteiligt ist, reicht dies für eine Gläubigerbenachteiligung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG noch nicht aus.

<sup>717</sup> MüKo/Wagner, BGB, § 823 Rn. 223; Palandt/Sprau, BGB, § 823 Rn. 11.

<sup>718</sup> MüKo/Wagner, BGB, § 826 Rn. 60; Palandt/Sprau, BGB, § 826 Rn. 3.

<sup>719</sup> MüKo/Wagner, aaO. Vgl. auch Palandt/Sprau, BGB, § 826 Rn. 10.

<sup>720</sup> BGH, NJW 1994, 128.

<sup>721</sup> BGH, NJW 1981, 2184, 2185; MüKo/Wagner, aaO; Palandt/Sprau, BGB, § 826 Rn. 4.

In der Ausgangslage wurde nämlich bereits darauf hingewiesen, dass das Anfechtungsrecht allein und gerade dem »Schutz von Geldforderungen« dient,<sup>722</sup> so dass eine Gläubigerbenachteiligung im anfechtungsrechtlichen Sinne erst dann vorliegt, wenn die Gläubiger im Vollstreckungsverfahren einen finanziellen Ausfall erleiden.<sup>723</sup> Solange also zumindest die Geldforderung des Gläubigers noch befriedigt werden kann, muss eine Gläubigerbenachteiligung im anfechtungsrechtlichen Sinne ausscheiden.

Damit ist aber in Form der *Art der betroffenen Forderung* der besondere Umstand gefunden, der die Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG von einer „normalen“ Erfüllungsverweigerung abhebt. Insofern ist es zwar weiterhin richtig, dass der Schuldner allein durch das Bestehen einer schuldrechtlichen Bindung in der Verfügungsmacht über sein Vermögen grundsätzlich noch nicht eingeschränkt wird. Allerdings muss man diesen Grundsatz aus der Perspektive des Anfechtungsrechts dahingehend ergänzen, dass im Sonderfall einer Geldforderung die Verfügungsfreiheit des Schuldners unter der Bedingung steht, dass die verbleibenden Vermögenswerte zur finanziellen Befriedigung der Gläubiger noch ausreichen. Ist dies hingegen nicht mehr der Fall, so dass gerade die Geldgläubiger des Schuldners benachteiligt werden, gilt auch der Grundsatz der Verfügungsfreiheit ausnahmsweise nicht mehr. Vielmehr genügt dann bereits das Bestehen einer Geldforderung, um die Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen einzuschränken.

Während zur normativen Begründung dieser Ausnahmekonstellation der Gedanke einer Gläubigergleichbehandlung oder eines Fehlverhaltens des Schuldners keine Rolle spielt, ist die tiefere Wertung, die hinter dem Sonderfall einer Geldforderung steht, eine andere: nämlich der Grundsatz »Geld muss man haben«.

### c) **»Geld muss man haben«**

Die Auswirkungen des Grundsatzes »Geld muss man haben« und seine Bedeutung für das Recht der Gläubigeranfechtung wird in der anfechtungsrechtlichen Diskussion bislang praktisch nicht gewürdigt, obwohl schon *Gotthard Paulus* zu Recht darauf hingewiesen hat, dass das Gläubigeranfechtungsrecht gerade dem »Schutz von Geldforderungen« dient.<sup>724</sup> Dabei hat die Prämisse »Geld muss man haben« bei genauerer Betrachtung zwei Bestandteile, nämlich einen rechtstheoretischen und einen rechtspraktischen Aspekt, welche nach hier vertretener Auffassung mit der Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen in einem direkten Zusammenhang stehen.

#### aa) **Rechtstheoretische Unverletzlichkeit von Geldforderungen**

Der eigentliche Grund, weshalb bei der Vereitelung von Geldforderungen ein spezieller Schutz durch das Gläubigeranfechtungsrecht erforderlich ist, liegt darin, dass im Zivilrecht bei Geldforderungen keine Rückfallregelung besteht. Denn anders als bei Verschaffungsansprüchen, kann eine Geldforderung im Falle der Unmöglichkeit ihrer Durchsetzung nach den Regeln des Zivilrechts nicht mehr durch eine sekundäre andere Forderung ersetzt werden. Vielmehr ist der Fall der Unmöglichkeit von Geldforderungen zivilrechtlich schon konzeptionell gar nicht vorgesehen, so dass Geldforderungen nach ganz herrschender Meinung insbesondere nicht aufgrund einer Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB untergehen können.<sup>725</sup>

Das heißt also, selbst wenn eine Geldforderung rechtspraktisch nicht durchsetzbar ist, bleibt sie rechtstheoretisch unverändert bestehen. In diesem Sinne ist sie zumindest rechtstheoretisch

<sup>722</sup> *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 301.

<sup>723</sup> Siehe schon unter B.I.2)a)aa), Seite 24..

<sup>724</sup> *G. Paulus*, aaO.

<sup>725</sup> *MüKo/Ernst*, BGB, § 275 Rn. 13; *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 275 Rn. 3.

„unverletzlich“. Der Grund für diese Unverletzlichkeit ist wiederum die zivilrechtliche Prämisse »Geld muss man haben«.

Der Grundsatz »Geld muss man haben« kommt vor allem in den Fällen subjektiven Unvermögens zum Tragen. Denn eine objektive Unmöglichkeit ist bei Geldforderungen praktisch ausgeschlossen, weil sie erst dann in Betracht käme, wenn Geld als Zahlungsmittel abgeschafft würde.<sup>726</sup> Ist hingegen ein subjektives Unvermögen des Schuldners durchaus möglich, gingen die Gründungsväter des BGB diesbezüglich wiederum von dem Grundsatz aus, dass der Schuldner einen subjektiven Geldmangel stets zu vertreten hat, das heißt unabhängig davon, ob ihn ein persönliches Verschulden trifft.<sup>727</sup> Denn bereits zum Gemeinen Recht entsprach es der ganz herrschenden Meinung, dass »auf eine Erörterung darüber, weshalb der Schuldner in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit kam, [...] sich der Gläubiger nicht einzulassen [brauche]«. <sup>728</sup> Insofern wurde für den Schuldner einer Geldforderung also im Falle eines subjektiven Unvermögens ein *garantieähnliches* Vertretenmüssen angenommen, das man jedoch wie die Privatautonomie offenbar für derart selbstverständlich hielt, dass es als überflüssig angesehen wurde, diesen Grundsatz im BGB explizit zu regeln.<sup>729</sup>

Eine solche bei Geldforderungen stets vorausgesetzte Verantwortlichkeit des Schuldners bedeutet allerdings auch, dass eine Schuldbefreiung aufgrund subjektiver Unmöglichkeit gemäß § 275 BGB konzeptionell ausgeschlossen sein muss. Anderenfalls würde die Anwendung der zivilrechtlichen Schadensersatzregeln nämlich zu offensichtlich sinnlosen Ergebnissen führen. Denn nach § 275 BGB in Verbindung mit §§ 280, 283, 249, 251 BGB bestünde in der stets zu vertretenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auch immer eine sekundäre Ersatzhaftung in Geld, welche sich allerdings endlos Neubegründen müsste, weil ihre Erfüllung selbst wiederum subjektiv unmöglich wäre. Um dies zu vermeiden, wird heute das Auftreten einer subjektiven Unmöglichkeit bei Geldforderungen konsequenterweise schon von vornherein als systemwidrig abgelehnt.<sup>730</sup> Stattdessen hat sich die berühmte Wendung »Geld muss man haben« durchgesetzt,<sup>731</sup> um eine der wichtigsten rechtstheoretischen Grundannahmen zu beschreiben, ohne die sich das Haftungssystem des BGB selbst ad absurdum führen würde.

#### **bb) Schutzlücke durch Diskrepanz mit der Rechtswirklichkeit**

Kann eine Unmöglichkeit bei Geldforderungen rechtstheoretisch also nicht eintreten, klafft hiermit jedoch eine offensichtliche Diskrepanz zur Rechtswirklichkeit. Denn steht es dem Schuldner wegen seiner Verfügungsfreiheit grundsätzlich offen, seine Haftungsmasse an Dritte zu verschieben, kann die Erfüllung einer Geldforderung rechtspraktisch tatsächlich leicht vereitelt werden. Dadurch, dass das Zivilrecht für solche Fälle einer erfüllungsvereitenden Vermögensverschiebung jedoch keine sekundäre Rückfallregelung enthält, sind die Geldgläubiger hiergegen zivilrechtlich ungeschützt. Denn obwohl die Geldforderung durch die Vermögensverschiebung praktisch nicht mehr durchsetzbar ist, erhält ein Geldgläubiger hierfür zivilrechtlich keinen Ersatzanspruch, so dass er nach den Regeln des Zivilrechts praktisch komplett leer ausgehen kann.

Es ist deshalb die Aufgabe des Gläubigeranfechtungsrechts, diese zivilrechtliche Schutzlücke zu schließen. Insofern wird im Falle der Unmöglichkeit einer Geldforderung zum Schutz der Gläubiger doch noch eine Art sekundäre Rückfallhaftung des Schuldners begründet. Denn führen die Regeln des Anfechtungsrechts im Falle einer nicht durchsetzbaren Geldforderung

<sup>726</sup> *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 490.

<sup>727</sup> *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 492 f.

<sup>728</sup> Zitiert nach *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 497. Siehe zur weiteren historischen Analyse ebenda.

<sup>729</sup> *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 500 f. Vgl. auch Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 245 Rn. 14.

<sup>730</sup> *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 491 f.

<sup>731</sup> *Medicus*, AcP 188 (1988), 489, 490.

dazu, dass eine erfüllungsvereitelnde Vermögensverschiebung rückabgewickelt werden kann, wird durch diesen Eingriff in die Verfügungsfreiheit des Schuldners zugleich impliziert, dass der Schuldner in solchen Konstellationen ersatzweise wenigstens mit seiner Verfügungsmacht „haftet“. Das heißt, dass es bei der Unmöglichkeit von Geldforderungen zwar nicht zu einer sekundären Ersatzforderung kommt, dafür allerdings zu einem Verlust der Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen.

**cc) Finanzieller Ausfall als ausreichender Grund zur Schließung der Schutzlücke**

Zwar ist mit dieser Funktionsweise des Anfechtungsrechts zunächst noch nicht geklärt, unter welchen Umständen ein solcher Verlust der Verfügungsmacht normativ gerechtfertigt werden kann. Allerdings wird gerade diese Frage wiederum durch die Prämisse »Geld muss man haben« beantwortet. Denn wie erwähnt bedeutet dieser Grundsatz, dass der Schuldner für seine Geldschulden *garantieähnlich* einsteht, so dass »auf eine Erörterung darüber, weshalb der Schuldner in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit kam, [...] sich der Gläubiger nicht einzulassen [braucht]«. Das heißt aber nichts anderes, als dass es zum Schutz der Geldgläubiger unerheblich ist, aus welchem Grund oder unter welchen Umständen die erfüllungsvereitelnde Vermögensverschiebung vorgenommen wurde. Steht der Schuldner für seine Geldschulden vielmehr *garantieähnlich* ein, genügt es für seine Haftung schon, dass die Geldforderung – aus welchem Grund auch immer – nicht erfüllt werden kann. Weil im Falle der Unerfüllbarkeit von Geldforderungen die Rückfallhaftung des Schuldners allerdings in einem Verlust der Verfügungsmacht über sein Vermögen besteht, bedeutet dies, dass der finanzielle Ausfall eines Gläubigers bereits für sich gesehen ausreicht, um eine Anfechtbarkeit normativ rechtfertigen zu können.

Folglich lässt sich also anhand der Prämisse »Geld muss man haben« herleiten, dass der finanzielle Ausfall – das heißt die Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG – als Rechtfertigungsgrund einer Anfechtung schon für sich gesehen normativ stark genug ist, um eine Anfechtbarkeit erklären zu können. Damit ist aber nicht nur eine positive Begründung dafür gefunden, weshalb die Verfügungsfreiheit des Schuldners im Falle einer Gläubigerbenachteiligung bereits zurücktreten muss. Vielmehr wird zugleich auch die in der Ausgangslage formulierte These bestätigt, dass zur Rechtfertigung einer Anfechtbarkeit auf weitergehende Bedingungen, wie eine Ungleichbehandlung der Gläubiger oder ein Fehlverhalten des Schuldners, tatsächlich verzichtet werden kann.

**d) Wertungsgleichlauf mit dem Zivilrecht**

Reicht der finanzielle Ausfall der Gläubiger für eine Anfechtbarkeit demgemäß schon aus, erscheint das Gläubigeranfechtungsrecht letztlich jedoch nur als die vollstreckungsrechtliche Fortsetzung der zivilrechtlichen Unverletzlichkeit einer Geldforderung. Denn kann eine Geldforderung nach den Regeln des Zivilrechts rechtstheoretisch nicht unmöglich werden, sollte dem rechtspraktisch durch eine verstärkte Durchsetzbarkeit auch Rechnung getragen werden. Dies geschieht wiederum, indem bei der Vollstreckung von Geldforderungen das zusätzliche Instrument einer Anfechtung zur Verfügung steht. Insofern wird über das Gläubigeranfechtungsrecht die zivilrechtlich bereits bestehende Wertung der Unverletzlichkeit einer Geldforderung in die Zwangsvollstreckung also lediglich verlängert.

Aber auch im Übrigen lässt sich im Anfechtungsrecht ein Wertungsgleichlauf mit dem Zivilrecht herstellen, wenn man in der Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG bereits den Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit erkennt. Denn führt dieser Grund dazu, dass die Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen verloren geht, erwirbt der Empfänger einer Vermögensverschiebung, diese – zumindest aus dem Blickwinkel des Anfechtungsrechts – von einem Nichtberechtigten. Wenn nach der Wertung des Zivilrechts der Erwerb vom



Nichtberechtigten gemäß § 932 Abs. 2 BGB aber erst dann nicht mehr schutzwürdig ist, wenn der Empfänger von der Nichtberechtigung eine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hatte, wird eben diese Wertung in das Anfechtungsrecht übertragen. Weil die Anfechtungstatbestände nämlich im Regelfall wie dargelegt die Parallelwertung einer normativen Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung enthalten, wird die fehlende Schutzwürdigkeit des Empfängers auch im Anfechtungsrecht mit der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis von der Nichtberechtigung begründet.

Indem diese Bösgläubigkeit des Empfängers für seine Inanspruchnahme grundsätzlich bereits ausreicht, wohingegen es auf weitere Bedingungen wie ein besonderes Fehlverhalten des Schuldners nicht ankommt, besteht schließlich auch ein harmonisches Zusammenspiel mit der Regelung des § 826 BGB. Denn insofern ließe sich das Gläubigeranfechtungsrecht gewissermaßen auch als eine „abgeschwächte Version“ des § 826 BGB beschreiben, bei der die Voraussetzungen geringer und die Rechtsfolgen dafür leichter sind. Während nämlich für eine vollumfängliche Schadensersatzhaftung des Empfängers nach §§ 826, 249 BGB allein die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung wie dargelegt noch nicht genügt, hat durch das Anfechtungsrecht eine solche Kenntnis jedoch zumindest zur Folge, dass der Empfänger seinen Erwerb wenigstens zurückgewähren muss. Treten zur Bösgläubigkeit des Empfängers allerdings noch besonders verwerfliche Umstände hinzu – wie insbesondere ein kollusives Zusammenwirken mit dem Schuldner –, haftet der Empfänger darüber hinaus gemäß §§ 826, 249 BGB auch auf Schadensersatz. In diesem Sinne fügt sich das Anfechtungsrecht in die zivilrechtliche Schutzlücke also passgenau ein, indem es an den zivilrechtlich bereits bestehenden Schutz als „abgeschwächte Version“ nahtlos anschließt.

#### e) **Zwischenfazit**

Nach den obigen Ausführungen hat sich herausgestellt, dass etwaige Bedenken gegen die normative Stärke des Kriteriums einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG unberechtigt sind. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass eine anfechtungsrechtliche Gläubigerbenachteiligung lediglich bei der Vereitelung von Geldforderungen vorliegt, so dass im Übrigen in die Verfügungsfreiheit des Schuldners schon gar nicht eingegriffen wird. Dass bei Geldforderungen hingegen eine Ausnahme zu machen ist, liegt daran, dass das Zivilrecht für den Fall der Unmöglichkeit einer Geldforderung keine Rückfallregelung vorsieht, so dass hier eine zivilrechtliche Schutzlücke besteht, die durch das Gläubigeranfechtungsrecht geschlossen werden muss. Dass dabei zur Rechtfertigung einer Anfechtbarkeit allein der finanzielle Ausfall schon genügt, ist wiederum die Folge der Prämisse »Geld muss man haben«, weil diese ein garantieähnliches Entstehen für Geldschulden begründet, so dass es auf die Umstände des finanziellen Ausfalls nicht mehr ankommt. Insofern bildet die Prämisse »Geld muss man haben« also die tiefere Wertung, die hinter dem Kriterium der Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund einer Anfechtbarkeit steht.

Zugleich konnte aufgezeigt werden, dass sich vor diesem Hintergrund auch ein weitgehender Wertungsgleichlauf zwischen dem Zivilrecht und dem Anfechtungsrecht herstellen lässt. In diesem Sinne besteht die Möglichkeit, das Anfechtungsrecht in einer Art und Weise auszulegen, die in zentralen Aspekten auf die Wertungen des Zivilrechts zurückgreift, so dass sich das Anfechtungsrecht in das Gesamtsystem des Haftungsrechts letztlich nahtlos einfügt.

### 3) Ein Grundriss der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen

Weil die grundlegenden Thesen der vorliegenden Arbeit an dieser Stelle nunmehr ausreichend begründet sind, können sie im Folgenden zusammengeführt und dadurch ein Grundriss des hier vertretenen Diskussionsvorschlags gezeichnet werden. Insofern sollen im Sinne eines allgemeinen Lösungsschemas die drei Grundthesen, nämlich, dass erstens die Gläubigerbenachteiligung den Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit darstellt, zweitens die Anfechtungstatbestände lediglich die gemeinsame Funktion besitzen, die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu widerlegen und drittens der Begriff der Rechtshandlung eine anfechtungsrechtliche Zurechnungsfrage bildet, nochmal aufgegriffen und insbesondere in ihren systematischen Zusammenhängen erläutert sowie weiter konkretisiert werden.<sup>732</sup>

#### a) Die Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund

Wie eben anhand der Prämisse »Geld muss man haben« auch positiv begründet wurde, kann die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nach der hier vertretenen Auffassung bereits damit gerechtfertigt werden, dass die Gläubiger im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG benachteiligt werden. In der Ausgangslage wurde jedoch ebenso aufgezeigt, dass der Bedeutungsinhalt des Begriffs der Gläubigerbenachteiligung in der anfechtungsrechtlichen Diskussion sehr schillernd ist, weil der Begriff oftmals mit Aspekten vermengt wird, welche von einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG tatsächlich zu trennen sind. Deshalb soll der Begriff nachfolgend nochmal präzisiert werden, damit das systematische Zusammenspiel mit den übrigen Anfechtungsvoraussetzungen deutlich werden kann.

#### aa) Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs im Vollstreckungsverfahren

Wie in der Ausgangslage bereits ausführlich dargelegt wurde, besteht der eigentliche Bedeutungsinhalt des Begriffs einer Gläubigerbenachteiligung der §§ 129 InsO, 1 AnfG in der Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs auf das Schuldnervermögen, welche sich in Form eines finanziellen Ausfalls der Gläubiger manifestiert.<sup>733</sup> Gerade zur Rechtfertigung einer Anfechtbarkeit ist es aber wichtig, dass die Gläubigerbenachteiligung auf diese Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs auch tatsächlich präzisiert und insbesondere nicht mit der vorgelagerten Belastung des Schuldnervermögens verwechselt wird. Denn eine bloße Vermögensbelastung führt wie gesehen noch nicht zwingend zu einem finanziellen Ausfall der Gläubiger, so dass sie auch die Prämisse »Geld muss man haben« noch nicht verletzt und somit eine Anfechtung nicht rechtfertigen könnte. Wenn demgegenüber die herrschende Meinung die Gläubigerbenachteiligung wie gesehen mit der Vermögensbelastung begrifflich trotzdem vermengt, hat dies nur zur Folge, dass in der Systematik des Anfechtungsrechts der eigentliche Stellenwert der Gläubigerbenachteiligung verschleiert wird.

Da mittels einer Gläubigeranfechtung einerseits in die Verfügungsmacht des Schuldners und andererseits in die Eigentumsgarantie des Anfechtungsgegners eingegriffen wird, welche beide grundrechtlich durch Art. 2 und 14 GG abgesichert sind, handelt es sich bei der Anfechtung um einen hoheitlichen Akt, dessen Ausübung ein staatliches Vollstreckungsverfahren voraussetzt.<sup>734</sup> In der Folge ist auch eine Rechtfertigung der Gläubigeranfechtung ohne ein Vollstreckungsverfahren noch nicht möglich. Gerade in ihrer Funktion als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit ist die Gläubigerbenachteiligung vielmehr als Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs in einem Vollstreckungsverfahren zu verstehen. In der Folge kann die

<sup>732</sup> Siehe für eine schematische Übersicht der Anfechtungsvoraussetzungen den Anhang D.II, Seite 289.

<sup>733</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.2)a), ab Seite 24 ff. sowie unter B.I.2)b)bb)(1), Seite 35.

<sup>734</sup> G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 302, wonach die »Zugriffsduldung [...] nicht der Inhalt einer privatrechtlichen Verhaltenspflicht des Anfechtungsgegners [ist]; sie obliegt ihm kraft öffentlichen Rechts gegenüber dem Träger der Vollstreckungsgewalt«.

Gläubigerbenachteiligung im anfechtungsrechtlichen Sinne vor einem erfolgs- oder aussichtslosen Vollstreckungsversuch noch nicht vorliegen, sondern frühestens mit der Eröffnung eines Vollstreckungsverfahrens eintreten.<sup>735</sup>

**bb) Zeitliche Distanz zwischen Gläubigerbenachteiligung und Rechtshandlung**

Wegen dieser Notwendigkeit eines Vollstreckungsverfahrens besteht konzeptionell allerdings stets eine zeitliche Distanz zwischen der Vornahme der Rechtshandlung einerseits und dem Eintritt der Gläubigerbenachteiligung andererseits.<sup>736</sup> Dieser zeitliche Abstand hat wiederum zur Folge, dass die Frage des Rechtfertigungsgrunds der Anfechtung – also die Gläubigerbenachteiligung – in der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen eine dogmatisch eigenständige Ebene bildet, weil sie auch mit der Erfüllung der Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes noch nicht verbindlich bejaht werden kann. Denn die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen beurteilt sich bereits zum Zeitpunkt der anzufechtenden Rechtshandlung, bei deren Vornahme der finanzielle Ausfall im Vollstreckungsverfahren jedoch ein erst zukünftiges Ereignis darstellt.

Das heißt aber letztlich, dass der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung – und damit das Bestehen einer Anfechtbarkeit – zum Vornahmezeitpunkt der Rechtshandlung lediglich im Sinne einer *Prognose* beurteilt werden kann. Wenn eine solche Prognose wiederum naturgemäß keine abschließende Gewissheit beinhaltet, folgt damit also aus der notwendigen Konzeption des Gläubigeranfechtungsrechts, dass bei der Vornahme der Rechtshandlung über ihre Anfechtbarkeit vielmehr noch Unsicherheiten bestehen können.

**b) Die Rechtshandlung als Eröffnung des Anwendungsbereichs**

Diese Unsicherheiten lassen sich in einem vorgelagerten Schritt allerdings über eine sachgerechte Auslegung des Begriffs der Rechtshandlung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG schon grundlegend kanalisieren. Diesbezüglich wurde in der Ausgangslage bereits herausgestellt, dass die Rechtshandlung nach hier vertretener Auffassung nicht etwa in einem rein natürlichen Sinne, sondern als materiell-wertender Rechtsbegriff im Sinne einer spezifisch anfechtungsrechtlichen Zurechnungsproblematik zu verstehen ist.<sup>737</sup> Insofern beinhaltet der Begriff der Rechtshandlung wie gesehen drei Elemente, nämlich erstens ein äußerliches Verhalten, zweitens einen belastenden Vermögensvorgang und drittens einen zwischen diesen beiden Elementen bestehender Zurechnungszusammenhang. Insbesondere anhand der Kriterien eines Zurechnungszusammenhangs können die Grundlinien einer möglichen Anfechtung bereits vorgezeichnet werden, weil sich mit ihnen bestimmen lässt, wann und inwieweit eine natürliche Handlung einer Anfechtbarkeit überhaupt unterliegen kann.

In der Sache handelt es sich beim Begriff der Rechtshandlung dementsprechend um die Frage, wann und inwieweit der Anwendungsbereich des Gläubigeranfechtungsrechts eröffnet ist. Diese Problematik ist in der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen dem Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit noch vorgelagert, weshalb er im hier vertretenen Lösungsschema ebenfalls eine dogmatisch eigenständige Ebene darstellt. Konzeptionell lässt sich dabei anhand der Kriterien eines Zurechnungszusammenhangs zwischen dem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts unterscheiden.

---

<sup>735</sup> Dem entspricht es im Ergebnis, dass ein Einzelgläubiger gemäß § 2 AnfG eben erst dann zu einer Anfechtung »berechtigt« ist, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu seiner vollständigen Befriedigung geführt hat oder wenn anzunehmen ist, dass sie nicht dazu führen würde, während im Insolvenzanfechtungsrecht nach der st. Rspr. des BGH der Anfechtungsanspruch erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen kann. So schon BGH, NJW 1955, 259, 260 und auch noch NJW-RR 2012, 1255 Rn. 13; vgl. auch Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 143 Rn. 3. Abweichend aber MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 186.

<sup>736</sup> Siehe bereits unter B.I.2)a)dd), Seite 27.

<sup>737</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.1)d), ab Seite 16 ff.

**aa) Handeln eines subjektiv Verantwortlichen**

Der persönliche Anwendungsbereich des Rechtsgebiets ist eröffnet, wenn der vermögensbelastende Vorgang dem Handelnden subjektiv zugerechnet werden kann. Insofern wurde in der Ausgangslage bereits erwähnt, dass der Handelnde zur Aufrechterhaltung der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger anfechtungsrechtlich verantwortlich sein muss.<sup>738</sup> Dabei folgt bereits aus der eben dargelegten Funktionsweise des Anfechtungsrechts in Form einer Beschränkung der Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen, dass als anfechtungsrechtlich Handelnde von vornherein nur solche Personen gemeint sein können, die eine Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen überhaupt besitzen. Während insofern im Grundsatz allein der Schuldner selbst oder dessen Vertreter in Betracht kommen, steht Dritten hingegen ein eigenes Zugriffsrecht auf das Schuldnervermögen nur ausnahmsweise zu, nämlich dann, wenn sie in dieses als Gläubiger des Schuldners vollstrecken. In der Konsequenz kann ein rein schuldnerfremdes Verhalten jedoch allein im Falle der Forderungsbeitreibung eines Gläubigers dazu geeignet sein, eine anfechtbare Rechtshandlung zu begründen.

Wenn der Schuldner aufgrund der Prämisse »Geld muss man haben« für die Aufrechterhaltung seines Vermögens wie gesehen garantieähnlich einzustehen hat, ist er anfechtungsrechtlich auch stets verantwortlich. Hingegen gilt dies für einen forderungsbeitreibenden Gläubiger im Grundsatz nicht. Vielmehr bedarf es für diesen besonderer Umstände, um seine subjektive Verantwortlichkeit begründen zu können. Wie an späterer Stelle noch genauer darzulegen sein wird, ist ein solch besonderer Umstand vor allem die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Denn in diesem Fall ist der forderungsbeitreibende Gläubiger zur Sicherstellung einer möglichst effizienten Haftungsrealisierung dazu angehalten, auf eine Einzelvollstreckung zu verzichten und stattdessen gemäß § 14 InsO einen Insolvenzantrag zu stellen.

**bb) Objektive Zurechnung der Rechtswirkungen**

Der sachliche Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts ist hingegen eröffnet, wenn und soweit dem Handelnden der infragestehende Vermögensvorgang auch objektiv zugerechnet werden kann. Wie in der Ausgangslage schon dargelegt wurde, ist dies insbesondere anhand des Kriteriums eines Risikozusammenhangs zu beantworten.<sup>739</sup> Insofern hängt die objektive Zurechnung vor allem davon ab, ob sich im zuzurechnenden Vorgang ein Risiko realisiert hat, das anfechtungsrechtlich relevant ist. Letzteres bemisst sich wiederum nach dem Schutzzweck des Anfechtungsrechts, die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger aufrechtzuerhalten, so dass insbesondere Belastungen des Schuldnervermögens ein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko darstellen. Im Ausgangspunkt liegt deshalb eine Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG immer dann vor, wenn die Handlung das Risiko einer Vermögensbelastung beinhaltet, das sich im infragestehenden Vorgang realisierte.

Wenn somit eine vermögensbelastende Handlung also grundsätzlich auch eine anfechtungsrechtliche Rechtshandlung darstellt, kann es jedoch im Einzelfall gegenüber einer rein formal-natürlichen Betrachtung der Handlung sowohl zu einer Einschränkung als auch zu einer Ausweitung kommen. So wurde in der Ausgangslage am Beispiel höchstpersönlicher oder existentiell wichtiger Handlungen des Schuldners schon erläutert, dass es in solchen Fällen an einem anfechtungsrechtlich relevanten Risiko trotz der Vermögensbelastung ausnahmsweise auch fehlen kann, weil die Gläubiger hier an der Verhinderung der Handlung schlechterdings kein schützenswertes Interesse haben.<sup>740</sup> Während deshalb entgegen der natürlichen Betrachtung

<sup>738</sup> Vgl. auch bereits unter B.I.1)e), Seite 22 sowie unter B.IV.2)a)cc), Seite 87 f.

<sup>739</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)bb), ab Seite 18 ff.

<sup>740</sup> Siehe etwa für höchstpersönliche Handlungen bereits unter B.I.1)d)dd), Seite 21, für Sanierungsmaßnahmen unter B.IV.2)a)ff)(1), Seite 92, sowie für existentiell wichtige Geschäfte unter B.IV.2)f)gg), Seite 127.

tung schon keine Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne vorliegt, ist es umgekehrt aber genauso möglich, dass eine Rechtshandlung im Einzelfall auch dort noch angenommen wird, wo bei einer natürlichen Betrachtung eine Handlung des Schuldners wiederum nicht ersichtlich ist. In diesem Sinne wurde am Beispiel mittelbarer Zuwendungen schon aufgezeigt, dass insbesondere eine Handlung der Mittelsperson dem Schuldner noch zugerechnet werden kann, weil sich in dieser Handlung lediglich das Belastungsrisiko realisiert, das vom Schuldner bereits begründet wurde.<sup>741</sup>

### c) **Die Tatbestände als Widerlegung der Schutzwürdigkeit des Gegners**

Weil mit den Begriffen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung die Interessen des Schuldners sowie seiner Gläubiger schon im Rahmen der §§ 129 InsO, 1 AnfG weitgehend berücksichtigt werden können, lassen sich die anschließenden Anfechtungstatbestände von entsprechenden Erwägungen wiederum befreien. Deshalb können die Tatbestände auf den Schutz derjenigen Belange konzentriert werden, die von den Grundnormen noch vernachlässigt werden. Insofern sind als dritte Ebene der Anfechtungssystematik die Tatbestände auf den Schutz der Interessen des Anfechtungsgegners – und damit auf die Belange des Rechtsverkehrs – in ihrer Auslegung zuzuschneiden.<sup>742</sup> Denn der Gegner ist als Rückgewährpflichtiger nichts anderes als der Hauptleidtragende einer jeden Anfechtung, so dass für eine interessengerechte Ausgestaltung des Gläubigeranfechtungsrechts seine Belange auch entsprechend stark ins Gewicht zu fallen haben. In ihrem Grundgedanken müssen sich die Tatbestände daher vor allem auf die Widerlegung der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners konzentrieren.

### aa) **Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung als Parallelwertung**

In diesem Sinne sind die Tatbestände im Regelfall auf eine einheitliche Parallelwertung zu reduzieren, nämlich auf die Kenntnis des Gegners von der Gläubigerbenachteiligung. Weil diese Kenntnis bereits bei der Vornahme der Rechtshandlung bestehen muss und die Gläubigerbenachteiligung wiederum den Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit darstellt, setzen die Tatbestände für den Regelfall also letztlich voraus, dass dem Gegner die Anfechtbarkeit seines Erwerbs von vornherein bekannt war, so dass er in diesem Sinne bösgläubig gewesen ist. Durch das Erfordernis einer solchen Bösgläubigkeit wird grundsätzlich ein angemessener Schutz des Gegners gewährleistet, weil somit ausgeschlossen ist, dass sich der Gegner ohne sein Wissen einem Anfechtungsrisiko aussetzt. Andererseits kann die Bösgläubigkeit als Parallelwertung der Tatbestände jedoch auch einen übergreifenden Leitfaden vorgeben, so dass sich unter dieser Prämisse ein in sich abgestimmtes Gesamtsystem der Tatbestände entwickeln lässt.

### (1) **Normative Korrektur ex ante und ex post**

Dabei liegt die Crux der Bösgläubigkeit gerade darin, dass die Gläubigerbenachteiligung bei der Vornahme der Rechtshandlung ein noch zukünftiges Ereignis darstellt, so dass zu diesem Zeitpunkt die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung wie erwähnt lediglich eine Prognose bildet. Prognostische Betrachtungen werden jedoch notwendigerweise vom Optimismus oder Pessimismus des Beurteilenden beeinflusst. Es ist deshalb erforderlich, im Rahmen der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners die anfechtungsrechtliche Relevanz von reinen Spekulationen auszuschließen. In diesem Sinne dürfen weder übersteigert optimistische Einschätzungen den Gegner bevorteilen, noch übermäßig pessimistische Prognosen zu seinen Lasten gehen. Vielmehr bedarf es der Festlegung eines *normativen Korridors*, innerhalb welchem die

---

<sup>741</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)bb), Seite 18.

<sup>742</sup> Vgl. G. Paulus, aaO, der die »tatbestandliche Spezialisierung der Anfechtungsvoraussetzungen« zu Recht als »notwendige Rücksichtnahme auf schutzwürdige Interessen legitimen Erwerbs« deutet. Den Verkehrsschutz betonend auch Henckel, ZIP 1982, 391, 393 f; Marotzke, ZInsO 2014, 417, 426.

subjektiven Einschätzungen des Gegners eine anfechtungsrechtliche Relevanz überhaupt erlangen können.

In diesem Sinne ist die subjektive Einschätzung des Gegners also zum Ausschluss reiner Spekulationen gegebenenfalls normativ zu korrigieren. Bei genauerer Betrachtung werden die Grenzen dieses normativen Korridors durch die Anfechtungstatbestände aus einer Sicht ex ante und ex post in einem wechselseitigen Zusammenspiel bestimmt.

**(a) Umstände bei Vornahme der Rechtshandlung**

Dabei sind ex ante die objektiven Umstände der Situation zu berücksichtigen, in welcher sich der Anfechtungsgegner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung befand. Denn ex ante können diese Umstände aufgrund ihrer objektiven Verdächtigkeit sowohl eine pessimistische Prognose untermauern, als auch eine optimistische Einschätzung entkräften und insofern in beiden Richtungen normativ von Relevanz sein. Deshalb kann für die Bösgläubigkeit des Gegners einerseits die allein subjektive Kenntnis von einer Gläubigerbenachteiligung in den §§ 131 Abs. 1 Nr. 3, 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG für sich genommen noch nicht ausreichen. Denn handelt es sich insofern letztlich nur um eine pessimistische Prognose, besteht die Möglichkeit einer überschießenden Vorsicht, für die der Gegner nicht bestraft werden soll.<sup>743</sup>

Deshalb wird von den Tatbeständen darüber hinaus gefordert, dass die pessimistische Einschätzung des Gegners bei der Vornahme der Handlung durch die objektiv drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auch tatsächlich naheliegt. Ist die Zahlungsunfähigkeit in den §§ 130 bis 132 InsO allerdings bereits eingetreten und nimmt der diesbezüglich im Bilde befindliche Anfechtungsgegner in dieser Situation noch Deckungen oder unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen entgegen, drängt sich ihm nach den objektiven Umständen die akute Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung wiederum geradezu auf. Umgekehrt gilt deshalb, dass dem Anfechtungsgegner eine ex ante unangemessen optimistische Prognose nicht zugutekommen kann, so dass sein Vertrauen auf ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung normativ nicht anzuerkennen ist.

**(b) Zeitablauf nach Vornahme der Rechtshandlung**

Jedoch ist im Weiteren jeweils ex post zu beachten, wieviel Zeit bis zum tatsächlichen Eintritt der Gläubigerbenachteiligung schließlich vergangen ist. Denn ex post steigt der spekulative Charakter der Einschätzung umso stärker, desto länger die Gläubigerbenachteiligung tatsächlich ausbleibt. Deshalb sind mit zunehmenden Zeitablauf an die bei der Prognose bestehende objektive Gewissheit, ex post entsprechend höhere Anforderungen zu stellen.

Hinsichtlich einer pessimistischen Prognose ist die maximale Anfechtungsfrist von zehn Jahren daher nur dann sachgerecht ist, wenn auch die objektive Gewissheit maximal gewesen ist, weil der Gegner bezüglich der Gläubigerbenachteiligung am Wissensvorsprung des Schuldners teilhatte, da ihm dessen Benachteiligungsvorsatz gemäß §§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO, 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG bekannt war.

Umgekehrt wird eine ex ante zu optimistisch scheinende Prognose durch zunehmenden Zeitablauf wiederum bestätigt, so dass die in den §§ 130 bis 132 InsO vorgenommene normative Korrektur ex post nicht mehr aufrechterhalten werden kann, wenn sich die akute Gefahr der Gläubigerbenachteiligung auch nach drei Monaten tatsächlich noch nicht realisiert hat.

---

<sup>743</sup> Der pessimistische Anfechtungsgegner ist allerdings nicht zu verwechseln mit dem besser informierten Gegner. Vgl. zur fehlenden Schutzwürdigkeit des besser informierten Gegners bereits unter B.IV.2)d)bb)(2), Seite 107.

**(c) Herleitung einer Generalklausel**

Anhand dieser Einteilung einer Anfechtung bei pessimistischen und optimistischen Prognosen des Gegners, können die Tatbestände zwar vergleichbar zur herkömmlichen Ansicht in zwei Gruppen eingeteilt werden. Eine materielle Zweispurigkeit, welche zu künstlichen Trennlinien zwingt, geht damit jedoch nicht einher. Vielmehr sind aufgrund der gemeinsamen Parallelwertung der Tatbestände ihre Übergänge entsprechend der Realität fließend zu handhaben, so dass in der Sache auch keine Abgrenzungsproblematiken bestehen. Im Gegenteil ist es aufgrund des gemeinsamen Grundgedankens sogar angezeigt, zur Konkretisierung des einzelnen Tatbestandes auf die Regelungen der übrigen Tatbestände unterstützend zurückzugreifen, so dass sich ein in sich abgestimmtes und widerspruchsfreies Gesamtsystem ergibt.

Deshalb wird noch zu zeigen sein, dass letztlich auch die Herleitung einer echten *Generalklausel* des Anfechtungsrechts möglich ist. Eine solche Generalklausel vermag einerseits etwaige Schutzlücken zwischen den Tatbeständen im Einzelfall auszufüllen, für deren Konkretisierung andererseits wiederum auf diejenigen Anhaltspunkte zurückgegriffen werden kann, welche die übrigen Tatbestände gerade bieten. Allgemein muss insofern gelten, dass ex ante eine umso höhere objektive Gewissheit über den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung bestehen muss, desto länger diese ex post tatsächlich ausgeblieben ist. So ist eine flexible Lösungsfindung möglich, die gleichwohl von einer klaren anfechtungsrechtlichen Parallelwertung geleitet werden kann, welche sich im Sinne eines roten Fadens durch die Anfechtungstatbestände zieht und sich deshalb von reiner Kasuistik abhebt.

**(2) Sonderwertungen**

Ausnahmen zu dieser Parallelwertung können allerdings dort bestehen, wo durch hinzutretende Sonderwertungen die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners von vornherein derart herabgesetzt ist, dass dieser auch ohne eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung mit der Rückgewähr seiner erlangten Begünstigung zu rechnen hat. Diese Sonderwertungen stellen die schon zivilrechtlich bestehende Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs sowie die gesellschaftsrechtliche Verantwortung des investierenden Gesellschafters dar. Weil eine Einschränkung der Anfechtung zum Schutz des Rechtsverkehrs in solchen Situationen nicht geboten sein kann, verzichten die entsprechenden Tatbestände also ausnahmsweise auf eine Bösgläubigkeit beim Anfechtungsgegner.

**bb) Annahmeverschulden als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal**

Wenn im Regelfall hingegen die Tatbestände eine Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners voraussetzen, ist im Rahmen der Rückschlüsse aus den Rechtsfolgen bereits dargelegt worden, dass diese Parallelwertung durch das Kriterium eines Annahmeverschuldens als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu ergänzen ist.<sup>744</sup> Dies ist auch sachgerecht, denn einerseits beinhalten die Anfechtungstatbestände gerade aufgrund der Bösgläubigkeit zugleich den *Appell* an den Gegner, von der Annahme seiner Begünstigung abzusehen.<sup>745</sup> Andererseits gilt im Grundsatz wiederum die in den §§ 333, 516 Abs. 2, 1942 BGB zum Ausdruck kommende zivilrechtliche Prämisse, dass sich niemand gegen seinen Willen einen Erwerb aufdrängen lassen muss,<sup>746</sup> so dass dem Anfechtungsgegner eine Annahmeverweigerung im Regelfall möglich gewesen ist und ihm daher eben im Sinne eines Annahmeverschuldens ein Verstoß gegen den Appell der Tatbestände vorgeworfen werden kann.

---

<sup>744</sup> Siehe dazu bereits unter C.I.1)b), ab Seite 138 ff.

<sup>745</sup> Auf diese oftmals übersehene »Steuerungswirkung« der Bösgläubigkeit weist auch *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 271 f. zu Recht hin.

<sup>746</sup> Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 333 Rn. 1; NomosHK/*Schulze*, BGB, § 333 Rn. 1; vgl. auch MüKo/*Gottwald*, BGB, § 333 Rn. 1.

Ein solches Annahmeverschulden kann jedoch im Einzelfall nicht mehr bestehen, wenn die Annahmeverweigerung gegen die zivilrechtlichen Mitwirkungspflichten des Anfechtungsgegners verstoßen würde. Denn bei einem solchen Konflikt mit dem Zivilrecht ist der Appell der Tatbestände als reine Prognose strukturell unterlegen, so dass es dem Anfechtungsgegner ausnahmsweise nicht vorgeworfen werden kann, wenn er seinen Erwerb trotz der Warnung der Tatbestände noch annimmt.

Indessen kann dies nur insoweit gelten, wie dem Gegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit kein Verweigerungsrecht gegenüber seiner zivilrechtlichen Mitwirkungspflicht zustand. Um dies festzustellen, ist nach der hier vertretenen Auffassung stets die analoge Anwendung der §§ 297, 321 BGB zu prüfen. Räumen diese dem Anfechtungsgegner ein Verweigerungsrecht ein, ist er durch den Appell der Tatbestände zu dessen Ausübung auch aufgerufen, um sich einem Anfechtungsrisiko zu entziehen. Im Ergebnis beinhaltet daher die Herleitung solcher Verweigerungsrechte zugleich das Potential zu einer sachgerechten Feinsteuerung im Einzelfall, welche als normativer Anknüpfungspunkt nahtlos auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgreifen kann.

#### **d) Zwischenfazit**

Die systematische Zusammenführung der eingangs genannten Thesen sowie die Skizzierung ihrer wesentlichen inhaltlichen Grundlagen, haben gezeigt, dass die Wertungen des Gläubigeranfechtungsrechts durch drei aufeinander aufbauende Ebenen strukturiert werden können. Insofern stellt sich das Anfechtungsrecht keineswegs zwingend als ein »typisches Fallrecht« dar, bei dem sich schematische Lösungen verbieten. Stattdessen ist die Schaffung eines übergreifenden Gesamtsystems der Anfechtungsvoraussetzungen möglich, das die Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten in eine geordnete Reihenfolge bringt und sich dabei nahtlos in die Wertungen sowie Systematik des Zivilrechts einfügt.

Innerhalb dieser Anfechtungssystematik werden die Belange des Schuldners und seiner Gläubiger in erster Linie durch die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen der §§ 129 InsO, 1 AnfG adressiert. Insofern stellt das Interesse der Gläubiger an der rechtspraktischen Durchsetzbarkeit von Geldforderungen nichts anderes als den Rechtfertigungsgrund des Gläubigeranfechtungsrechts dar, welcher im Begriff der Gläubigerbenachteiligung seine Verkörperung erfährt. Demgegenüber können die legitimen Interessen des Schuldners wiederum über eine dogmatische Aufwertung des Begriffs der Rechtshandlung weitgehend berücksichtigt werden, indem Handlungen ohne ein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko aus dem Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts von vornherein herausgenommen werden.

Bedarf es in der Folge nur noch der Einbeziehung der Belange des Anfechtungsgegners, lassen sich jedoch die außerhalb der §§ 129 InsO, 1 AnfG stehenden Tatbestände vom Dickicht unnötiger Wertungen befreien und stattdessen im Grundsatz auf die einheitliche Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners reduzieren.

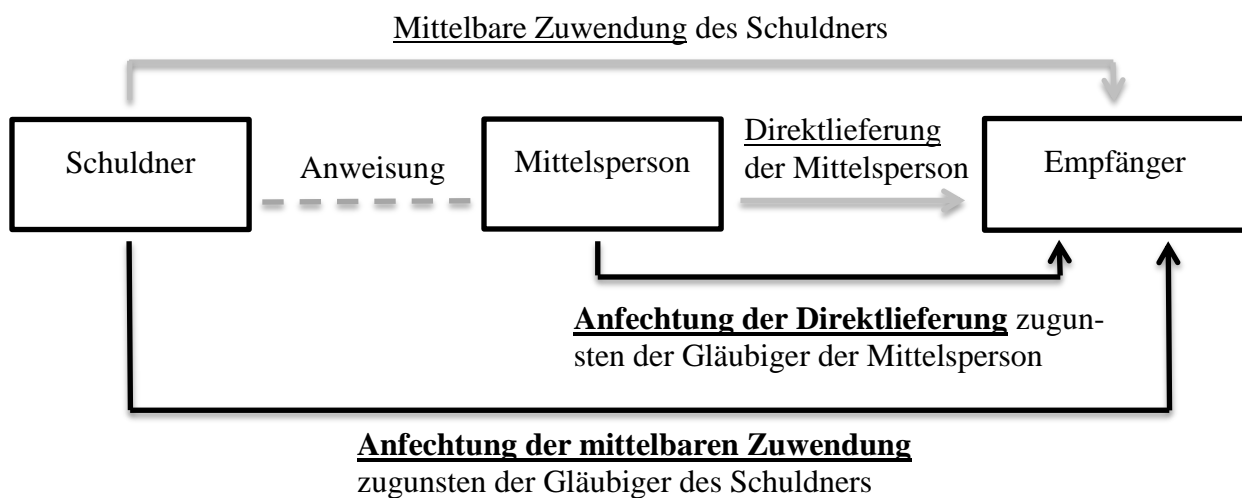
Die anfechtungsrechtliche Bösgläubigkeit hat dabei aber eine Besonderheit. Denn als Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung stellt sie zum Zeitpunkt der Rechtshandlung nur eine Prognose dar, weshalb es eines normativen Korridors bedarf, um die Relevanz von übermäßig optimistischen oder pessimistischen Einschätzungen des Anfechtungsgegners auszuschließen. Während es daher die vorwiegende Aufgabe der Tatbestände ist, diesen normativen Korridor in einem Wechselspiel aus einer Sicht ex ante und ex post festzulegen, wird ihre Parallelwertung schließlich durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines Annahmeverschuldens ergänzt, anhand dem sich bei einer Konfliktlage mit zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten auch im Einzelfall noch interessengerechte Ergebnisse herleiten lassen.



#### 4) Bedeutung haftungsrechtlicher Dogmatik

Die hier vertretene Konzeption der Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung ist im Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung noch um eine entscheidende Erwägung zu ergänzen. Denn während sich anhand des soeben gezeichneten Grundrisses zwar auf systematischem Wege beantworten lässt, wann sich der Empfänger einer Vermögensverschiebung einem Anfechtungsrisiko aussetzt, ist es im Rahmen von mittelbaren Zuwendungen durchaus denkbar, dass dieses Anfechtungsrisiko gleich *doppelt* besteht, weil Anfechtungsansprüche gegen den Empfänger sowohl zugunsten der Gläubiger des Schuldners, als auch der Mittelsperson in Betracht kommen können. Beispielsweise ist es im klassischen Anweisungsfall denkbar, dass nicht nur die mittelbare Zuwendung zwischen dem Schuldner und dem Empfänger angefochten wird, sondern ebenso die Direktlieferung zwischen der Mittelsperson und dem Empfänger.

*Illustration:*



Wenn insofern im Ergebnis allgemein anerkannt ist, dass der Empfänger nur einmal zur Rückgewähr des verschobenen Vermögensgegenstandes verpflichtet sein kann,<sup>747</sup> stellt sich folglich die Frage, welchem der konkurrierenden Anfechtungsansprüche der Vorrang zu gewähren ist.

Dabei ist bereits in der Ausgangslage angeklungen, dass dieses Konkurrenzverhältnis nicht etwa auf der Ebene der Anfechtungstatbestände, sondern nach richtiger Ansicht anhand der haftungsrechtlichen Zuordnung des verschobenen Vermögensgegenstandes zu lösen ist.<sup>748</sup> Im Folgenden soll daher genauer geklärt werden, wie sich die haftungsrechtliche Perspektive in die hier vertretene Konzeption der Anfechtungsvoraussetzungen einfügt. Denn während die Maßgeblichkeit einer haftungsrechtlichen Dogmatik im Gläubigeranfechtungsrecht zwar bereits seit Jahrzehnten diskutiert wird und insofern keine Neuheit darstellt, wird ihr eine Bedeutung gewöhnlicherweise jedoch allein aufseiten der Rechtsfolgen zuerkannt.<sup>749</sup> Deshalb wird sich in einem kurzen Exkurs zunächst dem auf Rechtsfolgenseite bestehenden Diskussionsstand gewidmet.

<sup>747</sup> Siehe nur BGH, NJW 2008, 655 Rn. 29; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 67; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 366 und 377; Huber, NZI 2008, 149, 150.

<sup>748</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)e)cc)(3), Seite 117 f.

<sup>749</sup> So ausdrücklich Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 9, der die Bedeutung der haftungsrechtlichen Theorie deshalb erst im Rahmen des § 143 InsO thematisieren möchte. Vgl. insofern auch noch Uhlenbruck/Hirte, InsO (13. Aufl. 2010), § 143 Rn. 3 ff.

**a) Exkurs: Anfechtungsrechtliche Theorien**

Als Rechtsfolge einer Anfechtung ist das anfechtbar Verlorene vom Anfechtungsgegner gemäß § 143 InsO zurückzugewähren, während er es nach § 11 AnfG dem anfechtenden Gläubiger zur Verfügung stellen muss. Welche Rechtsnatur diesen Rechtsfolgen zukommt, ist unter dem Stichwort der sogenannten anfechtungsrechtlichen Theorien allerdings seit jeher umstritten. Dabei dreht sich die Problematik um die rechtsdogmatische Frage, ob für den Anfechtungsgegner durch die Anfechtung nur eine schuldrechtliche Pflicht zur Rückgewähr entsteht, oder ob die Vermögensverschiebung durch die Anfechtung haftungsrechtlich bereits unwirksam ist.<sup>750</sup> In diesem Sinne kann im Groben zwischen der schuldrechtlichen und der haftungsrechtlichen Theorie unterschieden werden.<sup>751</sup>

**aa) Schuldrechtliche Theorie?**

Entsprechend der schuldrechtlichen Theorie bevorzugte die bisherige herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung jahrzehntelang ein schuldrechtliches Verständnis der Dogmatik des Gläubigeranfechtungsrechts.<sup>752</sup> Danach sollte die Rechtsfolge der §§ 143 InsO, 11 AnfG in einer rein schuldrechtlichen Verpflichtung des Anfechtungsgegners bestehen und sich insofern in die Kategorien des allgemeinen Zivilrechts einfügen. Während in der Literatur auch heute noch immer wieder darauf hingewiesen wird, dass es sich dabei um die herrschende Meinung handle,<sup>753</sup> ist es tatsächlich allerdings schwierig, wirklich überzeugte Vertreter der schuldrechtlichen Theorie zu nennen. Denn selbst diejenigen, welche der schuldrechtlichen Theorie weiterhin folgen wollen, räumen regelmäßig ein, dass die haftungsrechtliche Theorie als ihr Gegenspieler zu den treffenderen Ergebnissen führt.<sup>754</sup>

Tatsächlich bestehen auf Basis der schuldrechtlichen Theorie im Einzelfall erhebliche Probleme mit den Rechtsfolgen einer Anfechtung. Denn das Entstehen einer schuldrechtlichen Verpflichtung kann einerseits gekünstelt erscheinen, wenn für die Durchsetzung der Anfechtung ein Mitwirken des Gegners gar nicht erforderlich ist.<sup>755</sup> Andererseits ergeben sich auch in der Sache problematische Auswirkungen, wenn sich der Gegner in der Insolvenz befindet und der Rückgewähranspruch aufgrund seiner rein schuldrechtlichen Natur keine Aussonderungskraft haben kann.<sup>756</sup> In diesem Falle würde ein Anfechtungsanspruch nur gemäß der Quote befriedigt, so dass der verschobene Vermögenswert den anfechtungsberechtigten Gläubigern trotz der Anfechtung nicht zur Verfügung stehen würde.<sup>757</sup>

<sup>750</sup> Früher wurde als Rechtsfolge der Anfechtung auch eine dingliche Unwirksamkeit vertreten. Spätestens seit der Insolvenzrechtsreform ist diese Ansicht allerdings überholt. Einer Entscheidung zwischen schuldrechtlicher und haftungsrechtlicher Dogmatik hat sich der Gesetzgeber hingegen ausdrücklich enthalten, siehe nur die Begründung des RegE BT-Drs. 12/2443 S. 157. Siehe auch Braun/*de Bra*, InsO, § 129 Rn. 5 und Gerhardt, FS Brandner (1996), 605, 607, der insofern von einem »Neutralitätsgebot« für den Gesetzgeber spricht.

<sup>751</sup> Für beide Theorien werden im Einzelnen noch verschiedene Spielarten vertreten, siehe zu diesen ausführlich Jaeger/*Henckel*, InsO, § 143 Rn. 3 ff.

<sup>752</sup> Gaul/*Schilken/Becker-Eberhardt*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 35 Rn. 18 ff.; Braun/*Riggert*, InsO, § 143 Rn. 2; Nerlich/*Römermann/Nerlich*, InsO, § 129 Rn. 10. So auch BGH, NJW 1978, 1525, 1526; 1990, 990, 992; siehe aber noch zur neueren Entwicklung sogleich.

<sup>753</sup> Vgl. etwa Braun/*de Bra*, InsO, § 129 Rn. 6; Hk-ZV/*Haertlein*, AnfG, vor § 1 Rn. 5; Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 6; Thole, Gläubigerschutz, S. 526.

<sup>754</sup> Gaul/*Schilken/Becker-Eberhardt*, aaO; Nerlich/*Römermann/Nerlich*, InsO, § 143 Rn. 6.

<sup>755</sup> Vgl. nur die Kritik bei Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.13 sowie ausführlich Jaeger/*Henckel*, InsO, § 143 Rn. 36 ff. und G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 281 ff.

<sup>756</sup> So tatsächlich noch BGH NJW 1978, 1525, 1526; 1990, 990, 992.

<sup>757</sup> Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 369 ff., möchte dieses Ergebnis zwar mit dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung rechtfertigen, für dessen Durchbrechung zugunsten der Gläubiger des Schuldners sich aus den Anfechtungsvorschriften nichts herleiten lasse. Diese Ansicht kann allerdings schon deshalb nicht überzeugen.

## bb) Haftungsrechtliche Theorie

Während die schuldrechtliche Theorie deshalb an Unterstützern verliert, besteht im Schrifttum in Form der haftungsrechtlichen Theorie bereits seit langem eine von *Gotthard Paulus* begründete starke Mindermeinung,<sup>758</sup> welche sich derzeit zu Recht auf dem Weg zur herrschenden Literaturmeinung befindet.<sup>759</sup> Nach dem Verständnis der haftungsrechtlichen Dogmatik sind anzufechtende Rechtshandlungen zwar nicht dinglich, allerdings »haftungsrechtlich unwirksam«.<sup>760</sup> Hinsichtlich der Rechtsfolgen hat dies zur Konsequenz, dass die Konstruktion eines Rückgewähranspruchs zum einen nur noch als »Hilfs- oder Nebenrecht« erfolgt, das heißt wenn sie notwendig ist, um die haftungsrechtliche Unwirksamkeit des jeweiligen Vermögensvorganges durchzusetzen.<sup>761</sup> Zum anderen ist es praktisch freilich noch bedeutender, dass dieser Rückgewähranspruch in der Insolvenz des Anfechtungsgegners nach der haftungsrechtlichen Theorie auch eine Aussonderungskraft besitzt, weil der Vermögensgegenstand aufgrund der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit seiner Verschiebung nicht etwa den Gläubigern des Anfechtungsgegners, sondern weiterhin jenen des Schuldners zugeordnet ist.<sup>762</sup>

Wenn dementsprechend überwiegend anerkannt ist, dass die haftungsrechtliche Dogmatik für die Rechtsfolgen der Anfechtung zu den überzeugenderen Ergebnissen führt, konnte sie sich bislang allerdings noch nicht vollständig durchsetzen, weil ihr vor allem entgegengehalten wird, dass sie sich dogmatischer Kategorien bedient, welche dem BGB unbekannt sind.<sup>763</sup> In diesem Sinne wird gegen ein zur Aussonderung führendes haftungsrechtliches Verständnis unter anderem angeführt, dass eine zum Ursprungsvermögen fortbestehende haftungsrechtliche Zuordnung des anfechtbar veräußerten Vermögensgegenstandes dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzips nicht genüge, weil diese Zuordnung für Dritte anders als bei Pfandrechten nicht erkennbar sei.<sup>764</sup>

## cc) Wertende Betrachtungsweise der Rechtsprechung?

Während das strikte Festhalten an den Formen des allgemeinen Vermögensrechts des BGB teilweise sogar so weit geht, dass selbst Befürworter der haftungsrechtlichen Theorie eine Aussonderungsfähigkeit des Rückgewähranspruchs ablehnen,<sup>765</sup> will sich der BGH seit einem Urteil von 2003 nicht mehr eindeutig auf eine dieser Theorien festlegen lassen.<sup>766</sup> Dabei vertritt der BGH die Ansicht, dass die Frage der Aussonderungsfähigkeit des Rückgewähranspruchs »mit dem Hinweis auf die Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs nicht hinreichend beantwortet werden kann, [so dass] vielmehr auf die Wertungen abzustellen ist, die den einschlägigen Gesetzesnormen zu Grunde liegen«.<sup>767</sup> Ungeachtet der vom BGH weiterhin favo-

---

gen, weil bereits ausführlich dargelegt wurde, dass sich die normative Geltung der Gläubigergleichbehandlung aus den Anfechtungsvorschriften ebenso wenig herleiten lässt.

<sup>758</sup> Grundlegend *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277 ff.

<sup>759</sup> Ausführlich *Jaeger/Henckel*, InsO, § 143 Rn. 23 ff. Siehe zudem *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 268; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.14 ff.; *Braun/de Bra*, InsO, § 129 Rn. 9; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 7 ff.

<sup>760</sup> *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 300; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.15; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 143 Rn. 26; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 7.

<sup>761</sup> *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 283. Siehe ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.13, der von einem »nur instrumentelle[n] Charakter« des Rückgewähranspruchs spricht.

<sup>762</sup> Statt vieler *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 346 f.

<sup>763</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 35 Rn. 24; *MüKo/Kirchhof*, InsO, vor § 129 Rn. 33. Vgl. auch *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, § 129 Rn. 8; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 8.

<sup>764</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.15 f.; *MüKo/Kirchhof*, aaO.

<sup>765</sup> *Häsemeyer*, aaO.

<sup>766</sup> BGH, NJW 2004, 214, 216. Ebenso *MüKo/Kirchhof*, InsO, vor § 129 Rn. 37; *Thole*, Gläubigerschutz, S. 542 ff.

<sup>767</sup> BGH, aaO.

risierten schuldrechtlichen Theorie,<sup>768</sup> hält er deshalb aufgrund abweichender Wertungen den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch in der Insolvenz des Gegners für aussonderungsfähig.<sup>769</sup> Diese ausdrückliche Aufgabe einer dogmatischen Lösung wurde in der Literatur zu Recht kritisiert und offenbart wiederum das insgesamt undogmatische Vorgehen der Rechtsprechung.<sup>770</sup>

#### **dd) Stellungnahme**

Für eine dogmatisch fundierte Begründung der Aussonderungsfähigkeit des Rückgewähranspruchs ist es erforderlich, sich von der schuldrechtlichen Theorie konsequent zu lösen und stattdessen auf ein haftungsrechtliches Verständnis der Anfechtung abzustellen.<sup>771</sup> Dabei weiß die gegen die haftungsrechtliche Theorie vorgebrachte Kritik, dass sie die Formen des Zivilrechts verlassen würde, schon deshalb nicht zu überzeugen, weil das Gläubigeranfechtungsrecht gerade dort zur Anwendung berufen ist, wo im System des Zivilrechts wie dargelegt eine konzeptionelle Lücke besteht. Denn während die Gläubigeranfechtung lediglich die finanzielle Haftung des Schuldners aufrechterhalten soll, ist dem BGB die Vereitelung einer solchen Haftung konzeptionell bereits von vornherein fremd, weil Geldforderungen rechtstheoretisch nicht unmöglich werden können. In der Folge wird vom Zivilrecht also nicht bedacht, dass die Erfüllung von Geldforderungen rechtspraktisch allerdings durchaus unmöglich werden kann, so dass mit der Bejahung der rein zivilrechtlichen Wirksamkeit nach den Regeln des BGB auch keine Entscheidung darüber getroffen wurde, ob der Vermögensvorgang zum Schutz der finanziellen Haftung trotzdem noch unwirksam sein könnte. Vielmehr ist es die Aufgabe des Gläubigeranfechtungsrechts, diese nach dem BGB noch offene Entscheidung im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens gleichsam „nachzuholen“.<sup>772</sup>

Ist es zur Wahrnehmung dieser vom Zivilrecht unberücksichtigten Aufgabe erforderlich, eine dem Zivilrecht fremde Dogmatik zu entwickeln, kann dies freilich nicht zurückgewiesen werden. Denn cum grano salis hieße ein solcher Einwand nichts anderes, als in einer fremden Währung zwar „bestellen“, aber nicht auch „bezahlen“ zu wollen. Vielmehr stellt sich die haftungsrechtliche Dogmatik als die konsequente Ausfüllung der zivilrechtlichen Schutzlücke dar und soll deshalb auch in der vorliegenden Arbeit zugrunde gelegt werden. Insofern wird im Folgenden zu zeigen sein, dass die haftungsrechtliche Perspektive im Rahmen von mittelbaren Zuwendungen sowohl für den Inhalt des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs von Bedeutung ist, als auch innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung fruchtbar gemacht werden kann.

#### **b) Bedeutung innerhalb des Rückgewähranspruchs**

Wenn nach der haftungsrechtlichen Theorie die Rechtsfolgen einer Anfechtung darin liegen, dass die anfechtbare Vermögensverschiebung haftungsrechtlich unwirksam ist, hat die Anfechtung eine rein kassatorische Wirkung, so dass durch sie lediglich erreicht wird, dass die »von der Anfechtung betroffenen Gegenstände [...] genauso weiterhaften wie früher.«<sup>773</sup> In der Konsequenz muss es allerdings ausgeschlossen sein, dass der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch auf Vermögenswerte gerichtet ist, die vor der Rechtshandlung dem Schuldnervermögen haftungsrechtlich noch nicht zugeordnet waren. Stattdessen kann er allein auf solche Vermögenswerte gerichtet sein, welche bereits vor der Rechtshandlung ein Bestandteil der infrage stehenden Haftungsmasse waren. Insbesondere bei mittelbaren Zuwen-

<sup>768</sup> BGH, NJW-RR 2007, 121 Rn. 17.

<sup>769</sup> BGH, NJW 2004, 214, 216.

<sup>770</sup> Siehe die dahingehende Kritik bei *Gerhardt*, ZIP 2004, 1675, 1678.

<sup>771</sup> *Gerhardt*, aaO; ebenso *Jaeger/Henckel*, InsO, § 143 Rn. 17.

<sup>772</sup> Vgl. auch *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 315.

<sup>773</sup> *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 299.

dungen in Form der klassischen Anweisungsfälle hat dies wiederum Folgen für den eigentlichen Inhalt des Rückgewähranspruchs.

**aa) Bloßer Wertersatzanspruch bei fehlender gegenständlicher Zuordnung**

Es wurde bereits dargelegt, dass insbesondere in den klassischen Anweisungsfällen der Empfänger etwas anderes erhält, als das Schuldnervermögen durch die Rechtshandlung verliert.<sup>774</sup> Denn der Schuldner gibt in diesen Fällen nicht etwa den vom Empfänger konkret erhaltenen Zuwendungsgegenstand, sondern lediglich einen auf diesen gerichteten schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch gegen die Mittelsperson auf.

*Illustration:*



Dabei wurde ebenso erwähnt, dass der Rückgewähranspruch gegen den Empfänger gemäß §§ 143 InsO, 11 AnfG primär auf dasjenige gerichtet ist, das aus dem Vermögen des Schuldners »veräußert, weggegeben oder aufgegeben« wurde. Weil der Empfänger jedoch den gegen die Mittelsperson gerichteten Verschaffungsanspruch als solchen nicht zurückgewähren kann, folgt bereits aus einer konsequenten Anwendung der Rechtsfolgenregeln, dass der Empfänger deshalb für den verlorenen Verschaffungsanspruch wie dargelegt lediglich einen Wertersatz zu leisten hat.

Zwar will die herrschende Meinung von diesem Ergebnis tatsächlich abweichen, indem davon ausgegangen wird, dass der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger inhaltlich nicht auf einen Wertersatz, sondern auf den konkret erhaltenen Zuwendungsgegenstand gerichtet ist.<sup>775</sup> Obwohl sich dieser Gegenstand selbst vorher nicht im Vermögen des Schuldners befand, wird zur Begründung dieses Ergebnisses ausgeführt, dass eine mittelbare Zuwendung so zu behandeln sei, als habe der Empfänger unmittelbar vom Schuldner erworben.<sup>776</sup> Dass sich dabei der konkrete Zuwendungsgegenstand vor der Rechtshandlung nicht im Schuldnervermögen befand, schade nicht, denn aufgrund des schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs stamme der Zuwendungsgegenstand zumindest »wirtschaftlich« aus dem Schuldnervermögen, so dass er vom Empfänger in dieses zurückzugewähren sei.<sup>777</sup>

Gerade auf der Basis der haftungsrechtlichen Theorie kann diese Abweichung von der gesetzlichen Regelung allerdings nicht überzeugen. Denn zumindest einige Literaturstimmen weisen zu Recht darauf hin, dass durch eine Rückgewähr des konkreten Zuwendungsgegenstandes der haftungsrechtliche Sollzustand im Schuldnervermögen nicht wiederhergestellt wird.<sup>778</sup> Ein auf den Zuwendungsgegenstand gerichteter Rückgewähranspruch würde nämlich voraussetzen, dass der zugewendete Gegenstand bereits vor der Rechtshandlung der Haftungsmasse des Schuldners zugeordnet war. Eine solch gegenständliche Zuordnung kann ein rein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch des Schuldners jedoch nicht bewirken, weil es gerade die

<sup>774</sup> Siehe bereits unter C.I.1)b)bb), Seite 139 f. Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 72; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 23. Vgl. auch Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 107; Thole, Gläubigerschutz, S. 354.

<sup>775</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835; NJW 1978, 1921, 1922; WM 1955, 407, 409; Braun/Riggert, InsO, § 143 Rn. 3; HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 143 Rn. 10; Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rn. 67; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 28; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 143 Rn. 220 f.; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 135.

<sup>776</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835; Jaeger/Henckel, aaO; MüKo/Kirchhof, InsO, § 143 Rn. 23.

<sup>777</sup> BGH, WM 1955, 407, 409; Röttger, aaO.

<sup>778</sup> Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 32; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 108.

Schwäche von rein schuldrechtlichen Verschaffungsansprüchen ist, dass sie hinsichtlich des konkreten Anspruchsgegenstandes eine haftungsrechtliche Qualität nicht besitzen.<sup>779</sup> Dies zeigt sich insbesondere in der Insolvenz der Mittelsperson als Anspruchsgegner. Denn in dieser würde der schuldrechtliche Verschaffungsanspruch des Schuldners nach einhelliger Ansicht nicht etwa dazu führen, dass im Mittelvermögen der konkrete Zuwendungsgegenstand gemäß § 47 InsO aussonderungsfähig wäre.<sup>780</sup> Vielmehr könnte gemäß § 45 InsO nur der Geldwert des Verschaffungsanspruchs geltend gemacht werden.

Damit folgt aber auch aus der maßgeblichen haftungsrechtlichen Perspektive, dass der Empfänger in den klassischen Anweisungsfällen lediglich einen Wertersatz zu leisten hat, weil das Schuldnervermögen nicht etwa den konkret empfangenen Zuwendungsgegenstand, sondern nur einen schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch verlor. In diesem Sinne besteht eine Zuordnung zur Haftungsmasse des Schuldners also nicht gegenständlich, sondern allein wertmäßig. Diese rein wertmäßige Zuordnung wird durch den Hinweis der herrschenden Meinung, dass die Zuwendung aufgrund des Verschaffungsanspruchs »wirtschaftlich« aus dem Schuldnervermögen stammt, nicht widerlegt, sondern allenfalls notdürftig kaschiert. Denn gerade das Abstellen auf eine wirtschaftliche Herkunft der Zuwendung bedeutet bei Lichte betrachtet nichts anderes, als dass die Zuwendung eben lediglich dem wirtschaftlichen Werte nach aus dem Schuldnervermögen erfolgte. Damit kann eine anfechtungsrechtliche Rückabwicklung aber gleichfalls nur wertmäßig geschehen.

#### **bb) Ziel der Rückversetzung in die Vermögenslage vor der Rechtshandlung**

Ein solches Ergebnis ist auch sachgerecht, denn es dient dem Ziel, dass sich die Gläubiger des Schuldnervermögens nach der Anfechtung weder schlechter, noch besser stehen, als sie ohne die anfechtbare Handlung stehen würden.<sup>781</sup> Weil dabei rein hypothetische Kausalverläufe nach allgemeiner Ansicht außer Betracht zu lassen sind,<sup>782</sup> kann die Erreichung dieses Ziels allerdings nur gewährleistet werden, wenn die Haftungsmassen möglichst in denjenigen Zustand zurückversetzt werden, welcher schon vor der Rechtshandlung bestand.<sup>783</sup> Dafür ist gerade im Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung eine haftungsrechtliche Perspektive im Rahmen der Inhaltsbestimmung des Anfechtungsanspruchs unverzichtbar, weil andernfalls die Insolvenzrisiken der Beteiligten über den Umweg der Anfechtung verlagert werden könnten, so dass die Gefahr eines Verstoßes gegen das anfechtungsrechtliche Bereicherungsverbot bestehen würde.

Diese Gefahr wird in den klassischen Anweisungsfällen besonders deutlich, wenn sich die Mittelsperson bei der Ausführung der Anweisung des Schuldners bereits in der Insolvenzreife befand. Weil in einem solchen Falle der Schuldner nämlich ohne die Anweisung nach §§ 362 Abs. 2, 185 BGB zur Durchsetzung seines schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs auf ein Insolvenzverfahren gegen die Mittelsperson verwiesen wäre, würde der konkrete Zuwendungsgegenstand nicht in das Schuldnervermögen gelangen, weil ein Verschaffungsanspruch im Insolvenzverfahren nur als Insolvenzforderung befriedigt wird. Bestünde nun allerdings aufgrund der Anweisung zur Leistung an den Empfänger gegen letzteren gleichwohl ein Anfechtungsanspruch, welcher inhaltlich auf den konkreten Zuwendungsgegenstand gerichtet ist, würde dieser Gegenstand also auf dem Umweg der Anfechtung gegen den Empfänger trotz

<sup>779</sup> Vgl. Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 68.

<sup>780</sup> Siehe nur Jaeger/Henckel, InsO, § 47 Rn. 16; MüKo/Ganter, InsO, § 47 Rn. 347; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, § 47 Rn. 60.

<sup>781</sup> Dieses Ziel wird auch durch die gemäß §§ 144 InsO, 12 AnfG bestehenden Ausgleichsansprüche des Anfechtungsgegners ausgedrückt. Siehe hierzu bereits unter C.I.1)c), Seite 145.

<sup>782</sup> Vgl. nur MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 181; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 230.

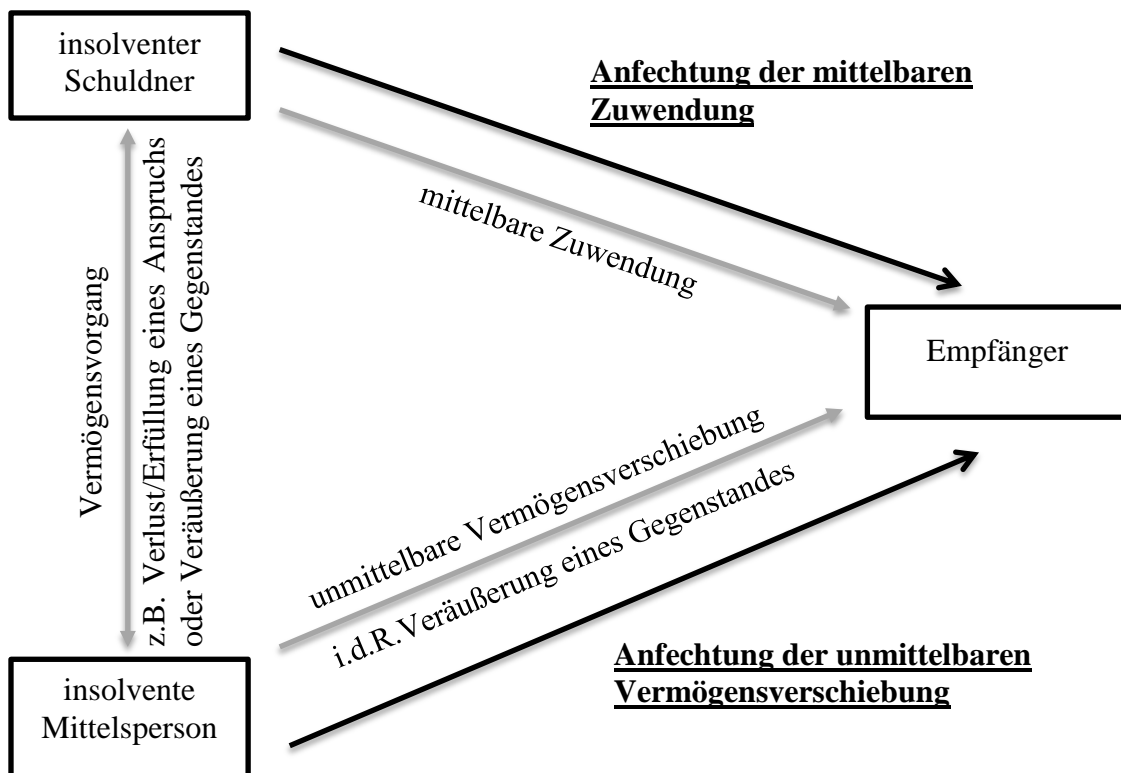
<sup>783</sup> Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 29.

der Insolvenz der Mittelsperson doch noch in das Schuldnervermögen fließen. Dieses Ergebnis wäre nicht sachgerecht, denn die Gläubiger des Schuldnervermögens erhielten durch die Anfechtung einen Vorteil „zurückgewährt“, auf den sie ohne die anfechtbare Handlung nicht hätten zugreifen können,<sup>784</sup> so dass es sich tatsächlich nicht mehr um eine Rückgewähr, sondern um eine Herausgabe handelte.

**c) Bedeutung innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung**

Bei mittelbaren Zuwendungen ist die haftungsrechtliche Perspektive allerdings nicht nur aufseiten der Rechtsfolgen von Bedeutung. Vielmehr ist sie auch aufseiten der Anfechtungsvoraussetzungen relevant, weil sie dort zur Lösung des Problems konkurrierender Anfechtungsansprüche fruchtbar gemacht werden kann. Dabei kommt eine Konkurrenz von Anfechtungsansprüchen insbesondere in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson in Betracht, weil dann der solvente Empfänger der einzig leistungsfähige Anspruchsgegner ist, so dass die beiden Insolvenzverwalter der Schuldner- und Mittelvermögen die Vermögensverschiebung bevorzugt gegen den Empfänger anfechten wollen.

*Illustration:*



Eine solche Konkurrenz von Haftungsmassen ist zugunsten des Insolvenzverwalters desjenigen Vermögens zu entscheiden, dessen Gläubigern der verschobene Vermögenswert haftungsrechtlich zugeordnet ist. Dem Anfechtungsanspruch dieses Verwalters muss insofern also ein Vorrang gegenüber dem konkurrierenden Anfechtungsanspruch zukommen. Um einen solchen Vorrang wiederum auf einem systematischen Wege begründen zu können, bietet es sich an, die haftungsrechtliche Dogmatik in den hier verstandenen Begriff der Rechtshandlung im Sinne von §§ 129 InsO, 1 AnfG zu integrieren.

<sup>784</sup> In diesem Sinne auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 108.

**aa) Haftungsrechtliche Zuordnung als Voraussetzung einer Vermögensbelastung**

Innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung kann die Beachtung der haftungsrechtlichen Dogmatik eine Auswirkung darauf haben, ob überhaupt eine anfechtungsrechtlich relevante Belastung des Schuldnervermögens vorliegt. So wurde in der Ausgangslage bereits darauf hingewiesen, dass der Verlust von unpfändbaren oder bereits vollständig zugunsten Dritter verhafteter Gegenstände nicht anfechtbar ist, weil der verlorene Vermögenswert als Haftungsmasse im Vollstreckungsverfahren dem Gläubigerzugriff ohnehin nicht zur Verfügung gestanden hätte.<sup>785</sup> In der Sache bedeutet dies allerdings nichts anderes, als dass eine anfechtungsrechtlich relevante Vermögensbelastung bereits von vornherein ausscheidet, weil der verlorene Gegenstand den Gläubigern haftungsrechtlich ohnehin nicht zugeordnet war. In diesem Sinne führen insbesondere *Hirte* und *Ede* zu Recht aus, dass der Begriff des Schuldnervermögens nicht wörtlich, sondern gerade im anfechtungsrechtlichen Sinne zu verstehen ist, so dass der Vermögensbegriff entscheidend davon abhängt, was den Gläubigern als »Haftungssubstrat« zugewiesen ist.<sup>786</sup>

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht nun aber davon aus, dass der Eintritt einer Vermögensbelastung eine Zentralvoraussetzung der Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG darstellt, muss eine Anfechtungsmöglichkeit mangels Rechtshandlung stets ausscheiden, wenn das Schuldnervermögen lediglich einen Vermögenswert verliert, welcher als Haftungssubstrat den Gläubigern eines Dritten zugeordnet ist. Denn so wie das Schuldnervermögen in diesem Fall im anfechtungsrechtlichen Sinne schon nicht belastet wurde, fehlt es dann ebenso bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung.

**bb) Fehlen einer Rechtshandlung bei Konkurrenz mit vorrangiger Haftungsmasse**

Mit dieser Erkenntnis lässt sich wiederum eine Konkurrenz von Anfechtungsansprüchen innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung in systematischer Weise auflösen. Denn eine anfechtbare Rechtshandlung kann dann allein zugunsten derjenigen Gläubiger vorliegen, denen im Verhältnis zu den Gläubigern des konkurrierenden Vermögens der verschobene Vermögenswert haftungsrechtlich zugewiesen ist. Dieser Vorrang basiert darauf, dass der Vermögenswert durch die haftungsrechtliche Zuordnung anfechtungsrechtlich schon kein Bestandteil des konkurrierenden Vermögens war, so dass letzteres auch nicht im anfechtungsrechtlichen Sinne belastet werden konnte. Weil es damit aus der Sicht des insofern unbelasteten Vermögens bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung fehlt, ist also auf der Kehrseite ein Vorrang des anderen Vermögens begründet.

Während damit ein Anfechtungsanspruch für die Gläubiger des konkurrierenden Vermögens mangels Rechtshandlung also genau genommen gar nicht erst besteht, kann dies allerdings nur insoweit gelten, wie eine Konkurrenzsituation mit den vorrangigen Gläubigern tatsächlich in Betracht kommt, weil ein Anfechtungsanspruch zugunsten der vorrangigen Gläubiger hingegen begründet ist. Existiert aufgrund der übrigen Anfechtungsvoraussetzungen ein solcher Anfechtungsanspruch allerdings nicht, etwa weil für die eigentlich vorrangigen Gläubiger eine Anfechtung schon mangels eines einschlägigen Anfechtungstatbestandes scheitern muss, spielt auch die zwischen den konkurrierenden Vermögen bestehende haftungsrechtliche Zuordnung keine Rolle. Vielmehr bedeutet die fehlende Anfechtbarkeit zugleich, dass eine haftungsrechtliche Zuordnung bereits an sich ausscheidet. In der Folge kann diese Zuordnung einer Belastung des konkurrierenden Vermögens jedoch auch nicht entgegenstehen, so dass zugunsten der Gläubiger des konkurrierenden Vermögens das Vorliegen einer Rechtshandlung – und damit auch eine Anfechtbarkeit – prinzipiell noch möglich ist.

<sup>785</sup> Siehe dazu bereits unter B.I.2)a)bb), Seite 25.

<sup>786</sup> Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 169. Vgl. auch *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 301.



Im Ergebnis führt die Berücksichtigung der haftungsrechtlichen Dogmatik innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung also dazu, dass die Nicht-Existenz eines vorrangigen Anfechtungsanspruchs eine Voraussetzung für die Begründung des eigenen Anfechtungsanspruchs darstellt. Auf diesem Wege wird eine Konkurrenz der Anfechtungsansprüche nicht nur gelöst, sondern streng genommen sogar verhindert. Denn ist für die vorrangigen Gläubiger ein Anfechtungsanspruch begründet, scheidet ein konkurrierender Anspruch der nachrangigen Gläubiger mangels Rechtshandlung bereits von vornherein aus. Umgekehrt wird ein Anfechtungsanspruch für die nachrangigen Gläubiger wiederum möglich, wenn zugunsten der vorrangigen Gläubiger ein solcher nicht existiert.

**cc) Vorrang entsprechend der ursprünglichen haftungsrechtlichen Zuordnung**

Damit stellt sich schließlich jedoch die Frage, welchen Gläubigern der Vorrang eigentlich gebührt, das heißt welchen Gläubigern der verschobene Vermögenswert im Verhältnis zu den Gläubigern des konkurrierenden Vermögens haftungsrechtlich zugeordnet ist. In der Literatur wird teilweise angenommen, dass denjenigen Gläubigern der Vorrang zukommen müsse, denen ein Anfechtungsanspruch auch gegenüber dem konkurrierenden Vermögen zustehe,<sup>787</sup> respektive zugunsten derer doppelte Anfechtungsansprüche bestünden.<sup>788</sup> Diese Ansätze können nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht überzeugen. Denn einerseits wurde zu Recht eingewandt, dass sie noch keine Lösung für die Fälle bieten, in denen sich beide Seiten insofern in derselben Situation befinden, weil entweder beiden allein der Anspruch gegen den Empfänger, oder aber beiden daneben auch Ansprüche gegeneinander zustehen.<sup>789</sup> Andererseits kann für die Ermittlung des haftungsrechtlich vorrangigen Vermögens aber auch schon im Ansatz nicht auf die bestehenden Anfechtungsansprüche abgestellt werden, weil die haftungsrechtliche Zuordnung nach der hier vertretenen Konzeption für diese Ansprüche ja gerade die Voraussetzung darstellt.

Stattdessen muss für die Bestimmung des haftungsrechtlichen Vorrangs die *ursprüngliche Vermögenslage* entscheidend sein,<sup>790</sup> das heißt, welchen Gläubigern der verschobene Vermögenswert bereits vor der Rechtshandlung im Verhältnis zu jenen des anderen Vermögens haftungsrechtlich zugeordnet war. Denn gerade diese haftungsrechtliche Ausgangsposition soll schließlich durch die haftungsrechtliche Unwirksamkeit der Vermögensverschiebung fortbestehen.

**dd) Maßgeblichkeit des vorherigen Interventionsrechts**

Genießen daher also diejenigen Gläubiger den Vorrang, denen bereits vor der Rechtshandlung der Vermögenswert haftungsrechtlich zugeordnet war, bemisst sich diese haftungsrechtliche Ausgangsposition wiederum danach, wem ursprünglich ein sogenanntes »Interventionsrecht« am Vermögenswert zustand. Unter einem Interventionsrecht versteht man ein »die Veräußerung hinderndes Recht« im Sinne von § 771 ZPO, das heißt eine Rechtsposition, die bei einer fremden Zwangsvollstreckung in den Vermögenswert dazu berechtigt, dass der Rechtsinhaber gemäß § 771 ZPO eine Drittwiderspruchsklage erheben, respektive im Insolvenzverfahren gemäß § 47 InsO die Aussonderung des Vermögenswertes verlangen kann.<sup>791</sup> Wenn insofern der Inhaber eines solchen Interventionsrechts in die fremde Haftungsverwirklichung also intervenieren kann, bedeutet dies zugleich wiederum, dass seine Rechtsposition gegenüber den fremden Gläubigern haftungsrechtlich vorrangig ist, so dass der Vermögenswert ihm – und nicht den fremden Gläubigern – haftungsrechtlich zugeordnet ist.

<sup>787</sup> Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 67 und 75.

<sup>788</sup> Burchard, Dreieck, S. 202.

<sup>789</sup> Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 383.

<sup>790</sup> Zumindest für den Fall der fehlenden doppelten Anspruchsberechtigung insofern aber auch Burchard, Dreieck, S. 228 und 332, sowie im Ergebnis BGH, NJW 2008, 655 Rn. 42.

<sup>791</sup> Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 771 Rn. 14.

Überträgt man nun diese haftungsrechtliche Zuordnung auf die Konstellation konkurrierender Anfechtungsansprüche, heißt dies, dass demjenigen, dem vor der Vermögensverschiebung im Verhältnis zu den konkurrierenden Gläubigern ein Interventionsrecht zustand, nach der Vermögensverschiebung auch der vorrangige Anfechtungsanspruch zustehen muss. Denn in diesem Falle wäre bereits bei einer unmittelbaren Konkurrenz der Haftungsmassen der verschobene Vermögenswert haftungsrechtlich allein den Gläubigern des interventionsberechtigten Vermögens zugeordnet gewesen. Nichts anderes kann dann allerdings in der Konkurrenz von Anfechtungsansprüchen gegenüber dem Empfänger gelten, weil insofern dasselbe Konkurrenzverhältnis über den Empfänger lediglich gemittelt wird.

Kommt es dementsprechend auf das vorherige Interventionsrecht am verschobenen Vermögensgegenstand an, muss hierfür allerdings zwischen den verschiedenen Konstellationen der mittelbaren Zuwendung unterschieden werden. Denn je nachdem kann ein Interventionsrecht ursprünglich dem Schuldner- oder dem Mittelsvermögen zugestanden haben, so dass auch der vorrangige Anfechtungsanspruch entsprechend variiert. Betrachtet man etwa die Konstellation, die formalrechtlich eine bloße Rechtsnachfolge darstellt, so befand sich der verschobene Vermögensgegenstand in der Regel ursprünglich im Eigentum des Schuldnervermögens.

*Illustration:*



Die Eigentumsposition stellt zugleich jedoch ein Interventionsrecht dar,<sup>792</sup> so dass dem Anfechtungsanspruch der Gläubiger des Schuldnervermögens prinzipiell der Vorrang gegenüber den konkurrierenden Gläubigern des Mittelsvermögens zukommen muss.<sup>793</sup>

Anders gestaltet sich die Rechtslage hingegen bei den klassischen Anweisungsfällen. Insofern wurde eben bereits darauf hingewiesen, dass das Schuldnervermögen in solchen Konstellationen am konkret verschobenen Vermögensgegenstand typischerweise nur ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch zustand.

*Illustration:*



Wie erwähnt berechtigt ein bloß schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch jedoch nicht zu einer Aussonderung gemäß § 47 InsO, so dass er auch kein Interventionsrecht darstellt und eine haftungsrechtliche Zuordnung dementsprechend nicht beinhaltet. Stattdessen stand das Interventionsrecht hier in der Regel ursprünglich dem Mittelsvermögen zu, weil sich der verschobene Vermögensgegenstand typischerweise in dessen Eigentum befand. Im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Schuldner- und Mittelsvermögens ist der verschobene Vermögenswert haftungsrechtlich deshalb allein letzteren zugeordnet, so dass in den klassischen Anwei-

<sup>792</sup> Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 771 Rn. 15

<sup>793</sup> Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn der Zwischenerwerb des Mittelsvermögens anfechtungsfest erfolgte. Siehe hierzu noch im Einzelnen unter C.II.1)a)dd)(2)(c)(bb)(bbb), ab Seite 208 ff.

sungsfällen bei einer Konkurrenz der Anfechtungsansprüche den Gläubigern des Mittelsvermögens also regelmäßig der Vorrang zukommen muss.<sup>794</sup>

Ein solcher Vorrang des Anfechtungsanspruchs der Gläubiger des Mittelsvermögens ist insbesondere auch deshalb sachgerecht, weil in der Insolvenz des Empfängers nur dieser Anspruch aussonderungsfähig wäre. Denn den Gläubigern des Schuldnervermögens stünde gegen den Empfänger wie dargelegt nur ein Wertersatzanspruch zu. Ein Wertersatzanspruch richtet sich jedoch abstrakt gegen das Vermögen als Ganzes, so dass er in der Insolvenz des Empfängers selbst nach der haftungsrechtlichen Theorie zu keinem Aussonderungsrecht führen könnte.<sup>795</sup> Wenn nun dem Schuldnervermögen im Falle einer Anspruchskonkurrenz trotzdem der Vorrang gebührte, bestünde folglich im Falle der Tripelinsolvenz von Schuldner, Mittelsperson und Empfänger die Gefahr, dass die Zuwendung trotz ihrer Anfechtbarkeit noch den Gläubigern des Empfangsvermögens zugutekäme.

Dies wird durch einen Vorrang des Anfechtungsanspruchs des Mittelsvermögens vermieden. Denn weil dieser Anspruch aufgrund der gegenständlichen Abstammung aus dem Mittelsvermögen unproblematisch auf den konkreten Gegenstand selbst gerichtet ist, kann dieser in der Insolvenz des Empfängers ausgesondert werden, so dass der verschobene Vermögenswert auch in der Tripelinsolvenz wieder in diejenige Haftungsmasse zurückgelangt, der er im Verhältnis zu den anderen Vermögen haftungsrechtlich bereits vor der Rechtshandlung zugeordnet war.

#### **d) Zwischenfazit**

Bis hierhin kann hinsichtlich der Bedeutung der haftungsrechtlichen Dogmatik für das Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung festgehalten werden, dass die haftungsrechtliche Perspektive Auswirkungen sowohl auf den Inhalt eines Anfechtungsanspruchs als auch auf das Vorliegen einer anfechtbaren Rechtshandlung besitzt. Insofern kann der Anfechtungsanspruch der Gläubiger inhaltlich lediglich auf dasjenige gerichtet sein, das den Gläubigern bereits vor der Rechtshandlung haftungsrechtlich zugeordnet war. In den klassischen Anweisungsfällen muss der Empfänger den Gläubigern des Schuldners deshalb nicht etwa den konkreten Zuwendungsgegenstand „zurückgewähren“, sondern lediglich Wertersatz für den Verschaffungsanspruch leisten, welchen der Schuldner gegenüber der Mittelsperson gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB verloren hat.

Weil dieser Verschaffungsanspruch wiederum kein Interventionsrecht darstellt, sondern das Interventionsrecht am Zuwendungsgegenstand vor der Vermögensverschiebung in der Regel der Mittelsperson zustand, ist der verschobene Vermögenswert im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Schuldners und der Mittelsperson haftungsrechtlich allein letzteren zugeordnet. Bei konkurrierenden Anfechtungsansprüchen gegenüber dem Empfänger führt diese haftungsrechtliche Zuordnung dazu, dass der verschobene Vermögenswert kein Bestandteil der Haftungsmasse des Schuldners mehr sein kann, so dass durch die Vermögensverschiebung das Vermögen des Schuldners im anfechtungsrechtlichen Sinne nicht belastet wurde. In der Folge fehlt es bei einer Anspruchskonkurrenz in den klassischen Anweisungsfällen aus der Sicht der Gläubiger des Schuldners bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung, so dass auf der Kehrseite den Gläubigern der Mittelsperson der Vorrang zukommt.

---

<sup>794</sup> Im Ergebnis ebenso *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 381.

<sup>795</sup> *MüKo/Ganter*, InsO, § 47 Rn. 346; *Uhlenbruck/Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 65.

## 5) Unterscheidung in Einzel- und Insolvenzanfechtung

Nach der hier vertretenen Konzeption kommt der Unterscheidung einer Gläubigeranfechtung gemäß der InsO oder dem AnfG dogmatisch keine entscheidende Bedeutung zu. Denn nach dem bisher Gesagten ergibt sich keine Notwendigkeit zwischen beiden Regelungsgebieten wertungsmäßig zu unterscheiden.<sup>796</sup> Dass das Gläubigeranfechtungsrecht in zwei Gesetzen geregelt wurde, ist vielmehr lediglich die Folge der rechtspraktischen Besonderheiten, welche bei der Verwirklichung der im Grundsatz einheitlichen Prinzipien des Anfechtungsrechts bestehen. Denn dient das Gläubigeranfechtungsrecht der rechtspraktischen Wahrung der Prämisse »Geld muss man haben«, kann diese rein tatsächlich in unterschiedlicher Weise untergraben werden.

### a) Gründe für eine Gläubigerbenachteiligung und die Form der Zwangsvollstreckung

Insofern können zwei Grundproblematiken zur rechtspraktischen Vereitelung der Vollstreckung einer Geldforderung führen. So kann der finanzielle Ausfall der Gläubiger sowohl auf einem Unwillen als auch auf einer Unfähigkeit des Schuldners basieren. Diese Gründe stehen freilich nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander, sondern stellen lediglich zwei graduelle Ursachenstufen derselben Gläubigerbenachteiligung dar. Lediglich ist auf der zweiten Stufe allein das Insolvenzrecht zum Schutz der Gläubiger berufen.

#### aa) Zahlungsunwillen des Schuldners – Einzelvollstreckung

In der Praxis stehen die Gläubiger einer Geldforderung nicht selten vor dem Problem, dass sie entweder nicht wissen, welche Vermögenswerte der Schuldner besitzt, etwa weil der Schuldner sein Vermögen geschickt verschleiert respektive entsprechende Auskunft verweigert,<sup>797</sup> oder die Vermögenswerte der Vollstreckung faktisch entzogen sind, beispielsweise weil der Schuldner diese ins Ausland verschoben hat.<sup>798</sup> In einem solchen Fall ist es möglich, dass Geldforderungen praktisch nicht durchgesetzt werden können, obwohl die in der Haftungsmasse eigentlich vorhandenen Vermögenswerte zur Befriedigung aller Gläubiger ausreichen würden. In der Folge ist der Schuldner nicht zahlungsunfähig, sondern nur zahlungsunwillig, so dass es sich letztlich um ein „Motivationsproblem“ des Schuldners handelt, das insbesondere nicht gegenüber jedem Gläubiger bestehen muss, sondern regelmäßig vom jeweiligen Einzelgläubiger abhängig sein wird.

Konsequenterweise erfolgt bei einem bloßen Zahlungsunwillen des Schuldners keine Gesamt-, sondern eine Einzelvollstreckung, so dass jeder Gläubiger selbst dazu berufen ist, darüber zu entscheiden, welche verfahrensrechtlichen Mittel er zur Durchsetzung seiner Geldforderung einsetzen möchte. In diesem Sinne hat der Gläubiger zur Unterstützung der Zwangsvollstreckung insbesondere drei Möglichkeiten: Er kann den Schuldner mittels Erzwingungshaft zur Auskunft über sein verschleiertes Vermögen bewegen,<sup>799</sup> oder mithilfe des einstweiligen Rechtsschutzes die Verschiebung von aktuellen Vermögenswerten verhindern,<sup>800</sup> oder aber eben mittels einer Einzelanfechtung nach dem AnfG bereits verschobene Vermögenswerte wieder zurückholen.<sup>801</sup>

<sup>796</sup> So aber die herrschende Meinung. Siehe dazu bereits unter B.III.1), Seite 70.

<sup>797</sup> Siehe zur Auskunftspflicht *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 60 Rn. 59 ff.

<sup>798</sup> Vgl. die vollstreckungsvereitelnden Arrestgründe im einstweiligen Rechtsschutz bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 75 Rn. 7 ff.

<sup>799</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 60 Rn. 68; vgl. auch *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 306.

<sup>800</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 74 Rn. 2.

<sup>801</sup> *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 299.

**bb) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners – Gesamtvollstreckung**

Ist der Schuldner hingegen – alternativ oder kumulativ zum Zahlungsunwillen – auch zahlungsunfähig, so dass er gemäß § 17 Abs. 2 InsO nicht in der Lage ist, alle fälligen Forderungen zu begleichen, ist nicht nur die Gesamtheit der Gläubiger betroffen. Vielmehr wird es aufgrund der generellen Vermögensinsuffizienz des Schuldners vor allem erforderlich, den in einem Vollstreckungsverfahren zu erzielenden Haftungsertrag zu maximieren, um die rechtspraktische Durchsetzbarkeit von Geldforderungen auch in einer solchen Konstellation noch so weit wie möglich aufrechtzuerhalten.

In der Ausgangslage wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein maximaler Ertrag erst in einer geordneten Gesamtvollstreckung zu erreichen ist, weil unkoordinierte Einzelvollstreckungen bei der Haftungsrealisierung zu Effizienzverlusten führen.<sup>802</sup> In der Konsequenz müssen die Gläubiger ihre Forderungen in der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 87 InsO jedoch kollektiv in einem Insolvenzverfahren verfolgen, wohingegen Einzelvollstreckungen gemäß §§ 88, 89 InsO unzulässig werden.

Dabei bleiben die verfahrensrechtlichen Mittel, welche bei der Einzelvollstreckung zur Unterstützung der Haftungsrealisierung zur Verfügung stehen, in der Gesamtvollstreckung freilich erhalten. Insofern können auch im Insolvenzverfahren zur Auskunft über die Vermögensverhältnisse des Schuldners gemäß § 98 Abs. 2 InsO eine Erzwingungshaft angeordnet werden, sowie die Verschiebung aktueller Vermögenswerte gemäß §§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 80 InsO verhindert oder über eine Insolvenzanfechtung bereits verschobene Vermögenswerte gemäß §§ 129 ff. InsO wieder zurückgeholt werden. In der Sache handelt es sich insofern um dieselben Rechtsinstitute, die wie in der Einzelvollstreckung der Unterstützung der Haftungsrealisierung dienen und welche auf das Insolvenzverfahren lediglich übertragen werden.

**b) Einzelanfechtung als verkürzte Gläubigeranfechtung**

Dies gilt nach der hier vertretenen Konzeption vor allem für das Verhältnis zwischen Einzel- und Insolvenzanfechtung und kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass der Insolvenzverwalter gemäß den §§ 16, 17 AnfG eine vor dem Insolvenzverfahren bereits erhobene Anfechtungsklage eines beitreibenden Einzelgläubigers nahtlos aufnehmen kann, wohingegen der Einzelgläubiger nach Beendigung des Insolvenzverfahrens gemäß § 18 Abs. 1 AnfG wiederum die Anfechtungsansprüche verfolgen kann, welche der Insolvenzverwalter geltend machen konnte. Denn eine solch gegenseitige Substituierung ließe sich nicht erklären, wenn es sich bei der Einzelanfechtung und der Insolvenzanfechtung um zwei verschiedene Rechtsinstitute mit unterschiedlichen Wertungsgrundlagen handelte.

**aa) Bloßer Wechsel der Vollstreckungsverfahren**

Dem entspricht es, dass die dogmatische Begründung dieses Wechselspiels zwischen beiden Formen der Gläubigeranfechtung auf Basis einer nur partiellen Wertungsgleichheit auch Schwierigkeiten bereitet und innerhalb der herrschenden Meinung umstritten ist.<sup>803</sup> Dabei soll nach wohl überwiegender Auffassung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugleich ein »Erlöschen« der Anfechtungsansprüche aus dem AnfG eintreten,<sup>804</sup> weil Einzel- und Insolvenzanfechtung eben »nicht identisch« seien.<sup>805</sup>

Während eine solche Konstruktion unter der Annahme verschiedener Wertungsgrundlagen in der Tat nur konsequent wäre, mutet sie allerdings gekünstelt an. Daher geht eine starke Min-

---

<sup>802</sup> Siehe dazu schon unter B.II.2)b)aa), Seite 50 f.

<sup>803</sup> Würdinger, *Zahlungsverkehr*, S. 32.

<sup>804</sup> BGH, NJW 1990, 716, 718; MüKo/Kirchhof, *AnfG*, § 16 Rn. 12; Huber, *AnfG*, § 16 Rn. 7; Hk-ZV/Haertlein, *AnfG*, § 16 Rn. 5.

<sup>805</sup> BGH, NJW 1995, 2783, 2784; MüKo/Kirchhof, aaO.

dermeinung für beide Formen der Gläubigeranfechtung zumindest hinsichtlich der im AnfG und der InsO stehenden Parallelvorschriften von einer »Zweckidentität« aus,<sup>806</sup> so dass es sich lediglich um eine »Nachfolge besonderer Art« in ein- und denselben Anfechtungsanspruch handle.<sup>807</sup>

Letzterer Ansicht ist nach hier vertretener Auffassung freilich zuzustimmen. Denn die Unterscheidung zwischen Einzelanfechtung und Insolvenzanfechtung liegt nicht schon im Anfechtungsrecht selbst begründet, sondern allein in den Vollstreckungsverfahren, die sie unterstützen. Folglich wird mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht etwa die *Einzelanfechtung* durch die Insolvenzanfechtung verdrängt,<sup>808</sup> sondern bloß die *Einzelvollstreckung* durch die *Gesamtvollstreckung*. Anfechtungsrechtlich bleibt es hingegen bei denselben allgemeinen Prinzipien, weshalb ein einmal nach dem AnfG begründeter Anfechtungsanspruch mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht etwa erlischt, sondern es werden lediglich die anfechtungsrechtlichen Prinzipien auf unterschiedliche Vollstreckungsverfahren angewendet, so dass in der Sache nur diese wechseln.

#### **bb) Einschränkung der Einzelanfechtung als Folge jener der Einzelvollstreckung**

Wenn dabei eine Einzelvollstreckung jedoch allein bei einem *Zahlungsunwillen* des Schuldners Anwendung finden soll, ist es nur folgerichtig, dass das AnfG keine Tatbestände enthält, welche darüber hinaus auch eine *Zahlungsunfähigkeit* des Schuldners berücksichtigen. Denn weil in diesem Falle eine Einzelvollstreckung aus Effizienzgründen nicht mehr vorgesehen ist, kann sie durch eine Einzelanfechtung auch nicht mehr unterstützt werden, so dass im Rahmen des AnfG eine Bezugnahme auf eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners von vornherein obsolet wird. Soll in diesen Fällen vielmehr zur Sicherstellung einer effizienten Haftungsrealisierung ein geordnetes Insolvenzverfahren stattfinden, kann die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anfechtungsrechtlich erst über die §§ 130 bis 132 InsO im Rahmen der Insolvenzanfechtung berücksichtigt werden, während diese Tatbestände dem AnfG notwendigerweise fehlen müssen.

Vor diesem Hintergrund eröffnet sich allerdings die Möglichkeit zu einem Perspektivwechsel gegenüber dem herkömmlichen Verständnis: Denn obwohl die §§ 130 bis 132 InsO als sogenannte »besondere Insolvenzanfechtung« im AnfG kein Äquivalent finden, ist zur Begründung dieses Umstandes somit nicht etwa das Hinzutreten einer besonderen Wertung der Insolvenzanfechtung – wie etwa der Gläubigergleichbehandlung – erforderlich,<sup>809</sup> sondern folgt dies allein aus dem eingeschränkten Anwendungsbereich der Einzelvollstreckung gegenüber der Gesamtvollstreckung. Anders ausgedrückt, ist nicht etwa das Vorhandensein der §§ 130 bis 132 InsO in der Insolvenzanfechtung das „Besondere“ an ihnen, sondern vielmehr nur ihre *Abwesenheit* im AnfG.

Aufgrund dieser Abwesenheit stellt sich die Einzelanfechtung letztlich allerdings als eine verkürzte Version der Gläubigeranfechtung dar, welche aufgrund der Beschränkungen der Einzelvollstreckung die einheitlichen Prinzipien des Anfechtungsrechts lediglich für begrenzte Konstellationen umsetzen kann, wohingegen das Insolvenzverfahren solchen Einschränkungen nicht unterliegt, weshalb die Insolvenzanfechtung dieselben anfechtungsrechtlichen Wertungen ungekürzt verwirklicht.

<sup>806</sup> So *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 88.

<sup>807</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 35 Rn. 90; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 143 Rn. 103; *Zeuner*, Anfechtung, Rn. 460. Im Ergebnis ebenso *Thole*, aaO. Kritisch hingegen *MüKo/Kirchhof*, aaO.

<sup>808</sup> So aber *MüKo/Kirchhof*, AnfG, § 16 Rn. 1.

<sup>809</sup> So aber die herrschende Meinung. Siehe dazu auch bereits unter B.III.2), Seite 71.

**c) Zwischenfazit**

Somit bleibt festzuhalten, dass trotz der Regelung in zwei Gesetzen keine Notwendigkeit besteht, zwischen Einzelanfechtung und Insolvenzanfechtung wertungsmäßig zu differenzieren. Vielmehr liegt ihr Unterschied lediglich in den rechtspraktischen Ursachen für einen finanziellen Ausfall der Gläubiger im Vollstreckungsverfahren, der sowohl auf einem Zahlungswillen, als auch auf einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners basieren kann. Wenn das Vollstreckungsrecht im letzteren Fall jedoch aus Effizienzgründen lediglich ein Insolvenzverfahren vorsieht, können in der Folge die Prinzipien einer Gläubigeranfechtung im Falle der Zahlungsunfähigkeit auch nur in der Insolvenzanfechtung umgesetzt werden, ohne dass damit allerdings gesagt wäre, dass sich diese Prinzipien in der Einzelanfechtung wertungsmäßig unterscheiden würden.

Stattdessen ist die Einzelanfechtung lediglich eine verkürzte Umsetzung derselben anfechtungsrechtlichen Wertungen, welche wiederum erst in der Insolvenzanfechtung umfassend verwirklicht werden können. Deshalb kommt der Insolvenzanfechtung sowohl in der Rechtspraxis als auch in der Wissenschaft gegenüber der Einzelanfechtung zu Recht die weitaus größere Aufmerksamkeit zu. Weil es sich letztlich jedoch um dasselbe Rechtsinstitut der Gläubigeranfechtung handelt, sind die Erkenntnisse der Insolvenzanfechtung auf die Einzelanfechtung übertragbar.<sup>810</sup> Aus Gründen der Darstellung sollen deshalb im anschließenden Fortgang die weiteren Einzelheiten des hier vertretenen Diskussionsvorschlags nur noch am Beispiel der Insolvenzanfechtung dargestellt werden.

---

<sup>810</sup> Vgl. insofern allerdings auch wieder MüKo/Kirchhof, InsO, vor § 129 Rn. 43.

## II. Einzelheiten der Anfechtungssystematik

Das hier vertretene System der Anfechtungsvorschriften lässt sich anhand der Regelungen des Insolvenzanfechtungsrechts am klarsten verdeutlichen. An deren Beispiel sollen die soeben geschilderten Grundlagen und Vorfragen deshalb im Detail weiter ausgeführt werden, indem insbesondere die in der Ausgangslage aufgezeigten Problematiken des traditionellen Verständnisses einer systematisch hergeleiteten Alternativlösung zugeführt werden. Dabei gilt es auch die tatsächliche Vereinbarkeit des vorliegenden Diskussionsvorschlags mit den einzelnen Vorschriften der Insolvenzanfechtung unter Beweis zu stellen. Die anschließende Darstellung wird sich an der logischen Prüfungsfolge einer Insolvenzanfechtung im hier vertretenen System halten,<sup>811</sup> so dass sie in drei grundlegende Ebenen zu unterteilen ist, welche sich mit folgenden Fragestellungen befassen:

- Welche rechtlichen Wirkungen können dem Verhalten eines Verantwortlichen zugerechnet werden, so dass sie potentiell anfechtbar sind? (Ebene der Rechtshandlung)
- Wann erleiden die Gläubiger durch die Rechtshandlung einen finanziellen Ausfall, so dass eine Anfechtung gerechtfertigt ist? (Ebene der Gläubigerbenachteiligung)
- Wann verliert ein Dritter seine Schutzwürdigkeit, so dass er als Anfechtungsgegner einer Rückgewährpflicht unterliegen kann? (Ebene der Anfechtungstatbestände)

### 1) Die Ebene der Rechtshandlung

Die Beantwortung der Frage, welche rechtlichen Wirkungen dem Verhalten eines Verantwortlichen zugerechnet werden können, eröffnet den Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts, weil sie das Vorliegen eines potentiellen Anfechtungsobjekts bestimmt. Nach dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO ist dieses Objekt der Anfechtung stets eine Rechtshandlung. Zu Recht ist anerkannt, dass dabei allerdings nicht die Handlung selbst das Anfechtungsobjekt bildet, sondern allein die durch sie verursachte nachteilige Rechtswirkung.<sup>812</sup> Denn nur diese müssen zur Wahrung der Haftungsmasse einer präventiven Abschreckung beziehungsweise einer repressiven Rückabwicklung unterliegen. Spricht das Gesetz gleichwohl durchweg von der Anfechtung von Rechtshandlungen, ist der Begriff der Rechtshandlung also vom tatsächlich aufgetretenen Verhalten zu unterscheiden.

#### a) Grundsatz

Das Vorliegen einer Rechtshandlung kann deshalb nicht anhand einer natürlichen Betrachtungsweise bestimmt werden. Stattdessen handelt es sich um eine wertende Zurechnungsproblematik, bei der das Verhalten lediglich den Anknüpfungspunkt für die letztlich anzufechtenden Rechtswirkungen darstellt. Allenfalls insoweit wird aus der tatsächlichen Handlung eine *Rechtshandlung*. Wenn dabei selbst Unterlassungen gemäß § 129 Abs. 2 InsO als Anknüpfungspunkt ausreichen, bestehen somit für die äußerliche Erscheinungsform der Handlung keine Vorgaben. Insofern geht die herrschende Meinung zwar zu Recht davon aus, dass die Handlung in einem möglichst weiten Sinne auszulegen ist.<sup>813</sup> Allerdings ist es wichtig herauszustellen, dass diese äußerliche Weite auf die innere Struktur des Begriffs der Rechtshandlung nicht übertragen werden kann.

Ist die Rechtshandlung in ihrer materiellen Bedeutung vielmehr eine Zurechnungsproblematik, sind wie gesehen bezüglich der konkret infrage stehenden Rechtswirkungen sowohl eine subjektive Verantwortlichkeit des Handelnden als auch ein objektiver Zurechnungszusam-

<sup>811</sup> Siehe für eine schematische Übersicht auch den Anhang D.II, Seite 289.

<sup>812</sup> Siehe nur BGH, NJW-RR 2014, 940 Rn. 10; NJW-RR 2010, 118 Rn. 29; Gerhardt, Gläubigeranfechtung, S. 123 f.; Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 49; Ehricke, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 1.

<sup>813</sup> Siehe bereits unter B.I.1), Seite 12.



menhang zu fordern. Weil diese Kriterien im Regelfall allerdings unproblematisch erfüllt sind, scheinen sie von der herrschenden Meinung weitgehend übersehen zu werden, so dass der Fokus auf das tatsächliche Verhalten gelegt wird. Demgegenüber beinhalten die Zurechnungskriterien in Zweifelsfällen jedoch ein erhebliches Regelungspotential, das die Anfechtungstatbestände von einer Lösungsfindung befreien kann und deshalb vorliegend nicht ungenutzt bleiben soll.

#### **aa) Belastung des Schuldnervermögens**

Im Ausgangspunkt setzt jede Rechtshandlung voraus, dass das Vermögen des Schuldners belastet wurde. Denn dient das Anfechtungsrecht gerade dem Schutz der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger, würden letztere ohne eine Vermögensbelastung schon gar nicht tangiert, so dass das infragestehende Verhalten eine anfechtungsrechtliche Bedeutung von vornherein nicht erlangen könnte. Dabei ist es wichtig zu betonen, dass die Vermögensbelastung nach der hier vertretenen Konzeption ein Kriterium des Begriffs der Rechtshandlung bildet. Denn erst wenn man über das natürliche Verhalten hinaus auch den vermögensbelastenden Vorgang dem Begriff der Rechtshandlung zuordnet, kann letzterer die Tiefe einer materiellwertenden Zurechnungsproblematik überhaupt gewinnen. Wenn hingegen die herrschende Meinung die Vermögensbelastung regelmäßig mit dem Begriff der Gläubigerbenachteiligung vermengt, wird der Zugang zum materiellwertenden Bedeutungsgehalt der Rechtshandlung versperrt.<sup>814</sup>

Der Begriff der Vermögensbelastung ist zunächst weit auszulegen. Er besteht in jedem Vermögensvorgang, durch welchen der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung potentiell möglich wird, das heißt durch den der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert oder verzögert werden kann.<sup>815</sup> Eben dieser Zugriff auf das Schuldnervermögen findet jedoch erst im späteren Insolvenzverfahren statt, so dass die Vermögensbelastung als vorgelagerter Vorgang von der Gläubigerbenachteiligung zu trennen und für sich selbst zu betrachten ist. Insbesondere liegt eine Vermögensbelastung deshalb auch dann noch vor, wenn die Rechtshandlung mit ausgleichenden Vorteilen für das Schuldnervermögen verbunden ist. Denn diese Vorteile ändern nichts an der Vermögensbelastung als solche, sondern sind lediglich dazu geeignet, die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger trotz der Vermögensbelastung aufrechtzuerhalten. Ob dies der Fall ist, lässt sich aber eben erst zum späteren Zeitpunkt des Gläubigerzugriffs feststellen. Für das Vorliegen einer Rechtshandlung haben etwaig ausgleichende Vermögensvorteile somit noch keine Relevanz.<sup>816</sup>

Allerdings kann im Einzelfall aus anderen Gründen bereits zum Zeitpunkt der Vermögensbelastung sicher ausgeschlossen werden, dass im anschließenden Insolvenzverfahren die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger beeinträchtigt sind. Insofern muss eine Gläubigerbenachteiligung immer dann von vornherein scheitern, wenn von den Gläubigern auf die verlorene Position im Insolvenzverfahren ohnehin nicht zugegriffen werden könnte, weil sie haftungsrechtlich den Gläubigern nicht zugeordnet ist. Deshalb stellt der Verlust von unpfändbaren oder vollständig zugunsten Dritter verhafteter Gegenstände keine Vermögensbelastung im anfechtungsrechtlichen Sinne dar,<sup>817</sup> so dass wie bereits dargelegt nach der hier vertretenen Konzeption schon keine Rechtshandlung im Sinne von § 129 InsO vorliegen kann.<sup>818</sup> Genau so wenig bildet auch der Verlust von rechtlich ungesicherten Erwerbssaussichten eine Vermö-

---

<sup>814</sup> Vgl. bereits unter B.I.2), Seite 23.

<sup>815</sup> Vgl. nur BGH, NJW-RR 2012, 1513 Rn. 21; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 77.

<sup>816</sup> Ausgleichende Vermögensvorteile sind vielmehr erst beachtlich für die Frage, ob die Rechtshandlung die Gläubiger des Schuldners auch benachteiligt hat. Siehe dazu noch unter C.II.2)b)bb), Seite 223.

<sup>817</sup> Ebenso Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 169. Nach anderer Auffassung fehlt es hingegen erst an einem Kausalzusammenhang zur Gläubigerbenachteiligung, vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 137.

<sup>818</sup> Siehe zur Bedeutung der haftungsrechtlichen Dogmatik bereits unter C.I.4)c)aa), Seite 167.

gensbelastung.<sup>819</sup> Denn solche bloßen Chancen sind noch keine rechtlich relevanten Haftungswerte. Ihr Verlust belastet das Vermögen nicht, sondern er unterlässt lediglich, dieses zu mehren.<sup>820</sup>

#### **bb) Verhalten eines subjektiv Verantwortlichen**

Die Vermögensbelastung muss auf einem menschlichen Verhalten beruhen. Nach der herrschenden Meinung kommt es dabei auf dessen Urheber grundsätzlich nicht an.<sup>821</sup> Diese Ansicht verdient nur insoweit Zustimmung, wie sie sich auf die im natürlichen Sinne vorgenommene Handlung bezieht. Denn ist ein solch tatsächlicher Akt gemäß § 129 Abs. 2 InsO bereits nicht notwendig, lässt sich der Feststellung, es sei irrelevant wer ihn vornehme, freilich nicht widersprechen. Demgegenüber erfordert die Rechtshandlung als Zurechnungsproblematik jedoch eine über den tatsächlichen Akt hinausgehende Betrachtung. Deshalb ist es zwar unerheblich, wer die Belastung des Schuldnervermögens letztlich ausführt, nicht jedoch, wem die Ausführung dieses Vermögensvorgangs zuzurechnen ist. Vielmehr ist es für das Vorliegen einer Rechtshandlung nach hier vertretener Auffassung unerlässlich, dass die Vermögensbelastung dem Verhalten einer Person zugerechnet werden kann, in deren subjektiven Verantwortungsbereich der infrage stehende Vermögensvorgang fällt. Gerade im Falle des Unterlassens gemäß § 129 Abs. 2 InsO wird dies deutlich, denn ohne die implizite Voraussetzung einer subjektiven Verantwortlichkeit würde hier der präventive Appell des Anfechtungsrechts von jedermann fordern, in einen nachteiligen Vermögensvorgang verhindernd einzugreifen.

Dabei ist das Bestehen eines subjektiven Verantwortungsbereichs im spezifisch anfechtungsrechtlichen Sinne zu bestimmen. Eine generelle Betreuungspflicht für das Schuldnervermögen ist nicht erforderlich. Stattdessen kommt es allein auf diejenige Situation an, auf welche das Anfechtungsrecht zugeschnitten ist, das heißt, auf die Sicherstellung der finanziellen Haftung des Schuldners. Dem Handelnden trifft eine anfechtungsrechtlich relevante Verantwortlichkeit daher lediglich dann, wenn es ihm eben zum Schutz der Haftungsrealisierung untersagt ist, das Vermögen des Schuldners durch sein konkret infrage stehendes Verhalten zu verringern.

#### **(1) Ausnahmslose Verantwortung des Schuldners**

Aufgrund der Prämisse »Geld muss man haben«, welche wie gesehen ein garantieähnliches Vertretenmüssen des Schuldners für Geldforderungen begründet,<sup>822</sup> trifft den Schuldner stets selbst eine subjektive Verantwortlichkeit zur Aufrechterhaltung seines Vermögens. In diesem Sinne hat der Schuldner bei der Ausübung der Verfügungsmacht über sein Vermögen grundsätzlich immer dafür Sorge zu tragen, dass die finanziellen Befriedigungsmöglichkeiten seiner Gläubiger nicht beeinträchtigt werden. Insbesondere ist seine dahingehende Verantwortlichkeit nicht im Sinne einer hypothetischen Abrede zwischen dem Schuldner und seinen Gläubigern auf »unbillige« Vermögensverschiebungen oder Ähnliches begrenzt.<sup>823</sup> Vielmehr ist eine solche Abrede von vornherein nicht erforderlich, denn die Gläubiger brauchen sich »auf eine Erörterung darüber, weshalb der Schuldner in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit kam, [...] nicht einzulassen«.<sup>824</sup> Eine Belastung des Schuldnervermögens, welche dem Verhalten des

<sup>819</sup> Vgl. MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 82.

<sup>820</sup> BGH, NZI 2009, 429 Rn. 15; HK/Kreft, InsO, § 129 Rn. 22; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 121. Vgl. auch Ehrlicke, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 17.

<sup>821</sup> Siehe bereits unter B.I.1)e), Seite 21.

<sup>822</sup> Siehe bereits unter C.I.2)c)aa), Seite 150.

<sup>823</sup> In diesem Sinne allerdings der Ansatz von Thole, ZZP 121 (2008), 67, 76. Siehe zur Kritik schon unter B.III.3)b)aa), Seite 78.

<sup>824</sup> Vgl. Medicus, AcP 188 (1988), 489, 497. Siehe auch bereits unter C.I.2)c)aa), Seite 150.

Schuldners auch objektiv zugerechnet werden kann, führt deshalb ausnahmslos zum Vorliegen einer potentiell anfechtungsfähigen Rechtshandlung.

## **(2) Sonderfälle bei schuldnerfremden Verhalten**

Anderes gilt hingegen, wenn die Vermögensbelastung allein auf dem Verhalten eines Dritten beruht. Zum Ausgleich von solch schuldnerfremden Beeinträchtigungen des Schuldnervermögens ist grundsätzlich nicht das Anfechtungsrecht berufen, sondern das Zivilrecht und dort insbesondere das Deliktsrecht. Während die Einzelanfechtung dementsprechend durch § 1 Abs. 1 AnfG bereits von vornherein auf Handlungen gerade des Schuldners begrenzt wird, sind auch im Rahmen der Insolvenzanfechtung bei einem rein schuldnerfremden Verhalten die Tatbestände der §§ 132 bis § 134 InsO schon ihrem Wortlaut nach nicht einschlägig. Demgegenüber kennt die Insolvenzanfechtung allerdings mit den Tatbestandsparen der §§ 130, 131 InsO und §§ 135, 136 InsO zwei eng begrenzte Sonderfälle, welche auf eine Handlung des Schuldners verzichten, so dass auch ein schuldnerfremdes Verhalten eine anfechtbare Rechtshandlung begründen kann.

Obwohl die §§ 130, 131 InsO und §§ 135, 136 InsO den Urheber der Handlung nicht explizit nennen, kommt insofern jedoch nicht jeder beliebige Dritte in Betracht. Vielmehr ist im Sinne einer subjektiven Verantwortlichkeit auch in diesen Fällen zu fordern, dass es dem Handelnden aufgetragen sein muss, den Bestand des Schuldnervermögens zum Schutz der Haftungsrealisierung nicht zu verringern. Insbesondere steht einem solchen Erfordernis nicht entgegen, dass der Handelnde in den Tatbeständen nicht genannt wird. Denn die Unbestimmtheit der Formulierung der §§ 130, 131 InsO und §§ 135, 136 InsO ist lediglich darauf zurückzuführen, dass die Anfechtungstatbestände unmittelbar nur auf das Zweipersonenverhältnis zugeschnitten sind, so dass sich die Nennung des Handelnden erübrigt. Kommt im Zweipersonenverhältnis nämlich neben dem stets verantwortlichen Schuldner niemand anderes als der Anfechtungsgegner in Betracht, kann folglich nur dieser als alternativ Handelnder gemeint sein.<sup>825</sup>

Während daraus also folgt, dass ein fremdes Verhalten, welches dem Schuldner nicht zurechenbar ist, zumindest dem Anfechtungsgegner zugerechnet werden können muss, ergibt sich wiederum die subjektive Verantwortlichkeit des Gegners in den Situationen der beiden Tatbestandspare aus seiner besonderen Stellung als Insolvenzgläubiger respektive als investierender Gesellschafter des Schuldners.

### **(a) Verantwortung als Insolvenzgläubiger**

Das erste Tatbestandspaar bildet die Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO. Ist danach auch eine Handlung des Anfechtungsgegners anfechtbar, ist dieser nach dem Wortlaut der Vorschriften stets ein »Insolvenzgläubiger«. Dieser Stellung als Insolvenzgläubiger entspricht es, dass der Schuldner bei der Deckung der Forderung in den Situationen der §§ 130, 131 InsO grundsätzlich bereits zahlungsunfähig ist. Dabei ist der Insolvenzgläubiger für die Beitreibung seiner Forderung aus dem Vermögen des insolventen Schuldners gemäß § 87 InsO grundsätzlich allein auf das Insolvenzverfahren verwiesen. Während ihm § 14 InsO in diesem Sinne das Recht zur Beantragung eines solchen Verfahrens zuspricht, muss ihm auf der Kehrseite jedoch zugleich aufgetragen sein, auf einem anderen Wege die Deckung seiner Forderung aus dem Schuldnervermögen nicht mehr anzustreben.<sup>826</sup> Das heißt also, dass der Anfechtungsgegner hinsichtlich der Beitreibung seiner Insolvenzforderung nicht etwa ein Wahlrecht besitzt, sondern in seiner Stellung als Insolvenzgläubiger das Schuldnervermögen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Einzelvollstreckungen nicht mehr verringern soll.

---

<sup>825</sup> Vgl. auch Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 30.

<sup>826</sup> In diesem Sinne auch Marotzke, ZInsO 2014, 417, 442.

**(aa) Verzicht auf ineffiziente Einzelvollstreckungen**

Die insofern bestehende Verantwortlichkeit des Anfechtungsgegners ist auch anfechtungsrechtlich relevant, denn sie dient gerade dem Schutz der finanziellen Haftung des Schuldners. So wurde bereits darauf hingewiesen, dass einem Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners die Einzelvollstreckung seiner Forderung in erster Linie deshalb zu untersagen ist, weil unkoordinierte Beitreibungen durch die Einzelgläubiger in der Haftungsrealisierung zu erheblichen Effizienzverlusten führen würden.<sup>827</sup> Demgegenüber soll das Insolvenzverfahren gerade die Maximierung des Haftungsertrags bewirken und somit die finanzielle Haftung des Schuldners auch bei dessen Vermögensinsuffizienz so weit wie möglich aufrechterhalten.<sup>828</sup>

Dies gilt insbesondere unabhängig davon, ob der maximierte Haftungsertrag anschließend gleichmäßig unter den Gläubigern verteilt würde. Vielmehr ist die Durchsetzung einer Gleichbehandlung der Gläubiger zur Begründung einer anfechtungsrechtlichen Verantwortlichkeit von vornherein untauglich,<sup>829</sup> weil die *par conditio creditorum* schon nicht dem Schutz der finanziellen Haftung des Schuldners dient, sondern die Gleichbehandlung der Gläubiger lediglich den zwischen diesen bestehenden Verteilungsmodus betrifft.

**(bb) Geltung auch außerhalb der Deckungsanfechtung**

Der Appell an den Insolvenzgläubiger, auf eine Einzelvollstreckung zu verzichten, ist stattdessen vor allem die spiegelbildliche Folge seiner von § 14 InsO eingeräumten Berechtigung zur Beantragung eines Insolvenzverfahrens. Soweit diese Antragsberechtigung des Gläubigers besteht, muss deshalb nach hier vertretener Auffassung zugleich die umstrittene Frage bejaht werden, ob auch noch außerhalb des Tatbestandspaars der §§ 130, 131 InsO die Anfechtung von Einzelvollstreckungen möglich ist.<sup>830</sup> Denn jenseits dieser Tatbestände ist ein Gläubiger in der Insolvenz seines Schuldners nicht weniger auf das Insolvenzverfahren verwiesen, so dass Einzelvollstreckungen zu unterbleiben haben. Können letztere dementsprechend weiterhin anfechtbare Rechtshandlungen begründen, fehlt es außerhalb der §§ 130, 131 InsO zwar an einem explizit einschlägigen Anfechtungstatbestand. Vor dem Hintergrund der hier vertretenen einheitlichen Parallelwertung der Tatbestände stellt dies jedoch keine unüberwindbare Hürde dar.

Wie bereits angedeutet wurde und an späterer Stelle noch weiter auszuführen sein wird, kann auf Basis der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners eine echte Generalklausel des Insolvenzanfechtungsrechts konzipiert werden.<sup>831</sup> Dann kommt es aber nicht entscheidend auf die zurzeit diskutierte Problematik an, ob für die Anfechtung einer Gläubigerhandlung eine analoge Anwendbarkeit der Vorsatzanfechtung zulässig ist.<sup>832</sup> Lediglich gilt es für die Anwendung der Generalklausel jenseits der Fristen des §§ 130, 131 InsO zu berücksichtigen, dass zur Begründung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners die Umstände der §§ 130, 131 InsO bei einer im Übrigen optimistischen Prognose nicht mehr ausreichen. Insofern wird im Einzelnen noch zu zeigen sein, dass der Gegner vielmehr gerade im Sinne einer *pessimistischen* Prognose auch eine positive Kenntnis von der späteren Gläubigerbenachteiligung haben

<sup>827</sup> Siehe bereits unter B.II.2)b)aa), Seite 50 f., sowie unter C.I.5)a)bb), Seite 172.

<sup>828</sup> Dies übersieht *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 265, wenn er meint, der einzige Grund für die Obliegenheit zur Stellung eines Insolvenzantrags sei die Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung. Es ist deshalb kein Argument gegen diese Obliegenheit, wenn der Antrag zur »lückenlosen Durchsetzung« (*Jungclaus*, aaO, S. 266) der *par conditio creditorum* tatsächlich nicht geeignet ist.

<sup>829</sup> Vgl. allerdings den dahingehenden Ansatz von *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 74; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 283.

<sup>830</sup> Mit demselben Argument ebenso *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 443.

<sup>831</sup> Siehe bereits umrisshaft unter C.I.3)c)aa)(1)(c), Seite 158 und noch näher unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(bb)(ccc), Seite 233 sowie unter C.II.3)a)bb)(3)(b)(dd), Seite 247.

<sup>832</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)a)cc), Seite 87.

muss, das heißt ex ante ihre Möglichkeit nicht mehr in Frage stellen darf.<sup>833</sup> Dabei steigen die Anforderungen an die diesbezügliche objektive Gewissheit ex post freilich mit wachsendem Abstand zur Verfahrenseröffnung.<sup>834</sup>

Trotz einer objektiv maximalen Gewissheit über die Gläubigerbenachteiligung, ist die Anfechtung einer Forderungsbeitreibung hingegen stets ausgeschlossen, wenn dem vollstreckenden Gläubiger mangels der Insolvenz des Schuldners die Alternative eines Antrags nach § 14 InsO von vornherein nicht offen stand.<sup>835</sup> Denn lediglich wenn die Möglichkeit zur Gesamtvollstreckung besteht, kann vom Gläubiger verlangt werden, auf eine Einzelvollstreckung zu verzichten. Anderenfalls ist der Anfechtungsgegner bereits kein *Insolvenzgläubiger*, so dass ihn auch nicht die Verantwortung eines Insolvenzgläubigers trifft. Dies ist insbesondere im Rahmen des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO relevant, welcher auf das Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verzichtet und deshalb – trotz seiner systematischen Stellung als Deckungsanfechtung – einseitige Forderungsbeitreibungen eines Gläubigers nach zutreffender Ansicht nicht erfasst.<sup>836</sup>

### **(b) Verantwortung als investierender Gesellschafter**

Eine Sonderregelung der subjektiven Verantwortlichkeit wird schließlich ebenso in den Tatbeständen der §§ 135, 136 InsO festgelegt. Wenn in diesen die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens oder einer stillen Einlage auch dann anfechtbar ist, obwohl sie vom Gesellschafter als Gläubiger der Gesellschaft einseitig beigetrieben wurde, liegt dies an der besonderen gesellschaftsrechtlichen Verantwortung des Gesellschafters, der ein Gesellschafterdarlehen oder eine stille Einlage leistet.<sup>837</sup> Ob sich diese Verantwortung als Finanzierungsfolgen-, Risikoübernahme- oder Investitionsverantwortung darstellt, muss und soll an dieser Stelle noch nicht weiter vertieft werden.<sup>838</sup> Jedenfalls ist es dem Gesellschafter aufgrund dieser Verantwortung anfechtungsrechtlich untersagt, das investierte Kapital als Haftungsmasse der Gesellschaft wieder abzuziehen, wenn in der Folge die übrigen Gläubiger in der Vollstreckung gegen die Gesellschaft einen finanziellen Ausfall erleiden.<sup>839</sup> In diesem Rahmen können deshalb auch Verhaltensweisen des Gesellschafters zur Begründung einer anfechtbaren Rechtshandlung herangezogen werden.

### **(3) Zwischenfazit**

Bis hierhin soll festgehalten werden, dass sich durch ein materiell-wertendes Verständnis des Begriffs der Rechtshandlung als Zurechnungsproblematik der persönliche Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts bestimmen lässt. Insofern kommt es für die Person des Handelnden nicht entscheidend darauf an, welcher Anfechtungstatbestand im Einzelfall einschlägig ist, sondern ob die Vermögensbelastung im subjektiven Verantwortungsbereich des Handelnden liegt, weil es ihm gerade zum Schutz der finanziellen Haftungsrealisierung untersagt ist, das Vermögen des Schuldners durch sein konkret infrage stehendes Verhalten zu verringern. Während den Schuldner selbst eine solche Verantwortung aufgrund der Prämisse »Geld muss man haben« ausnahmslos trifft, können allerdings auch die Gläubiger des Schuldners insofern anfechtungsrechtlich in der Verantwortung stehen. In diesem Sinne begründen einzelne Forderungsbeitreibungen eines Gläubigers eine anfechtbare Rechtshandlung, wenn und weil der Gläubiger im Interesse einer effizienten Haftungsrealisierung zur Durchsetzung seiner Forderung auf ein Insolvenzverfahren verwiesen wäre oder er als investierender Gesellschafter in

---

<sup>833</sup> Siehe allgemein noch unter C.II.3)a)bb)(2)(a), Seite 230.

<sup>834</sup> Siehe allgemein noch unter C.II.3)a)bb)(3), Seite 245.

<sup>835</sup> Vgl. auch *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 443.

<sup>836</sup> So im Ergebnis auch *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185, 187.

<sup>837</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)c)bb), Seite 104 f.

<sup>838</sup> Siehe aber noch unter C.II.3)b)bb)(1)(b), Seite 278.

<sup>839</sup> *Haas*, ZInsO 2007, 617, 618 und 624.

Höhe des investierten Kapitals eine Verantwortung für die Haftung des Schuldners übernommen hat.

### cc) **Objektive Zurechenbarkeit**

Die Belastung des Schuldnervermögens muss dem Verhalten des Handelnden allerdings nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv zuzurechnen sein, damit sie als potentielles Anfechtungsobjekt in Betracht kommt. In diesem Sinne muss zwischen dem vermögensbelastendem Vorgang und dem Verhalten eine objektive Zurechenbarkeit bestehen, welche sich nach der allgemeinen Dogmatik in einen Kausal- und vor allem Risikozusammenhang untergliedert.

#### (1) **Kausalzusammenhang**

Zunächst muss das Verhalten für die eingetretene Vermögensbelastung kausal gewesen sein. Dabei besteht nach der üblichen *conditio-sine-qua-non*-Formel ein Kausalzusammenhang, wenn die Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die Vermögensminderung in ihrer konkreten Gestalt entfiel.<sup>840</sup> Hat die konkret infrage stehende Vermögensbelastung hingegen zwei gleichwertige Ursachen, so dass sie aufgrund einer alternativen<sup>841</sup> Kausalität auch dann eingetreten wäre, wenn die Handlung tatsächlich nicht vorgenommen worden wäre, gilt es zu differenzieren. Denn nach dem anfechtungsrechtlichen Bereicherungsverbot sollen die Gläubiger durch die Anfechtung der Handlung nicht besser stehen, als sie ohne die Handlung stehen würden.<sup>842</sup> In der Folge muss ein Zurechnungszusammenhang immer dann ausgeschlossen sein, wenn das alternative Verhalten nicht ebenfalls von einem anfechtungsrechtlich Verantwortlichen abstammt.

*Beispiel: Ein gesetzlicher Mindestlohn wird eingeführt. Zum Stichtag vereinbart der zahlungsunfähige Arbeitgeber mit seinem Angestellten vertraglich eine Gehaltserhöhung, welche genau dem gesetzlichen Mindestlohn entspricht. Diese Erhöhung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers ist nicht anfechtbar, weil die gesetzliche Einführung des Mindestlohns für sie einerseits eine alternative Ursache darstellt und andererseits der Gesetzgeber anfechtungsrechtlich nicht verantwortlich sein kann.*

Würde die vorgenommene Rechtshandlung in solchen Konstellationen, in denen die konkret infrage stehende Vermögensbelastung ohne die Rechtshandlung unanfechtbar eingetreten wäre, gleichwohl anfechtbar sein, würde den Gläubigern durch die Anfechtung ein Verlustrisiko abgenommen, welches von den Anfechtungsvorschriften weder verhindert, noch ausgeglichen werden soll. Eine solche ohnehin eintretende Belastung des Schuldnervermögens kann der Handlung daher nach Sinn und Zweck des Anfechtungsrechts objektiv nicht zurechenbar sein.

#### (2) **Risikozusammenhang**

Die durch alternative Kausalitäten mögliche Durchbrechung des objektiven Zurechnungszusammenhangs zeigt bereits auf, dass die bloße *conditio-sine-qua-non*-Formel für die Erklärung anfechtungsrechtlicher Ergebnisse noch nicht ausreicht. Vielmehr weist sie auf die Notwendigkeit eines weiteren einschränkenden Kriteriums hin, nämlich auf das Erfordernis eines wertenden Risikozusammenhangs. Ein anfechtungsrechtlicher Risikozusammenhang bedeutet einerseits, dass sich in der konkreten Vermögensbelastung gerade das Risiko der Handlung –

<sup>840</sup> Vgl. allgemein nur MüKo/Oetker, BGB, § 249 Rn. 103.

<sup>841</sup> Die alternative Kausalität für die konkret eingetretene Vermögensbelastung ist nicht zu verwechseln mit der sogenannten *hypothetischen* Kausalität für die anschließende Gläubigerbenachteiligung. Letztere basiert auf einer anderen, nur gedachten Vermögensbelastung, die bis zur Situation der Haftungsrealisierung eingetreten wäre und die Gläubiger im selben Maße benachteiligt hätte. Vgl. zur Problematik der hypothetischen Kausalität etwa MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 181 ff.; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 230 f.

<sup>842</sup> BGH, NJW 1983, 1123, 1124; 1994, 449, 452; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 76. Vgl. auch bereits unter C.I.1)c), Seite 145.

und nicht etwa ein anderweitiges Risiko – realisiert haben muss. Andererseits ist jedoch auch danach zu fragen, ob dieses Risiko anfechtungsrechtlich überhaupt relevant ist.

Die anfechtungsrechtliche Relevanz des Risikos bemisst sich wie dargelegt nach dem Schutzzweck des Anfechtungsrechts, die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger aufrechtzuerhalten.<sup>843</sup> Weil das Anfechtungsrecht insofern gerade dem Schutz von Geldforderungen dient und diese aufgrund der fehlenden Rückfallregel im Zivilrecht besonders schutzbedürftig sind, kommt den Befriedigungsinteressen der Gläubiger zwar ein hoher Stellenwert zu. Zumindest die elementaren Interessen des Schuldners können dabei aber nicht komplett unberücksichtigt bleiben. Hat die Handlung für den Schuldner eine derart hohe Bedeutung, dass die Gläubiger an ihrer Verhinderung schlechterdings kein schützenswertes Interesse haben können, muss es in diesen Ausnahmefällen vielmehr auch an einem anfechtungsrechtlich relevanten Risiko mangeln. Weil damit eine anfechtbare Rechtshandlung nicht vorliegt, bestehen für den Schutz der Gläubigerinteressen im Ergebnis *absolute Schranken*, die eine Anfechtung unabhängig vom konkret einschlägigen Tatbestand von vornherein ausschließen.

#### **(a) Höchstpersönliche Handlungen des Schuldners**

Dass der Dogmatik des Anfechtungsrechts ein solcher Ausschluss einer anfechtbaren Rechtshandlung keineswegs unbekannt ist, wurde in der Ausgangslage schon erwähnt.<sup>844</sup> Denn nach allgemeiner Ansicht bilden zumindest höchstpersönliche Handlungen des Schuldners, wie die Eingehung einer Ehe, die Adoption eines Kindes oder die Ausschlagung einer Erbschaft, selbst dann keine Rechtshandlungen im anfechtungsrechtlichen Sinne, wenn durch sie das Vermögen des Schuldners verringert wird.<sup>845</sup> Wie erwähnt liegt dem erkennbar die Erwägung zugrunde, dass höchstpersönliche Handlungen trotz ihrer vermögensbelastenden Wirkungen eine anfechtungsrechtliche Relevanz per se nicht besitzen können. Anderenfalls würde sich das Anfechtungsrecht bis in die tiefsten persönlichen Belange des Schuldners einmischen, welche jedoch schlechterdings außerhalb des geschützten Interessenbereichs der Gläubiger stehen. In der Folge müssen höchstpersönliche Handlungen auch noch dann unanfechtbar sein, wenn der Schuldner sie mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen,<sup>846</sup> so dass selbst das »schärfste Schwert« des Insolvenzverwalters – die Vorsatzanfechtung – ungeachtet der subjektiven Motivationslage des Schuldners nicht zum Zuge kommen kann.

#### **(b) Existentielle Geschäfte des Schuldners**

Eine solch absolute Schranke darf jedoch nicht nur im Falle der Adoption eines Kindes oder der Ausschlagung einer Erbschaft gelten. Vielmehr müssen für Verhaltensweisen, welche für den Schuldner eine noch grundlegendere Bedeutung haben, weil sie nicht mehr als dessen bloße Existenz sichern, entsprechende Erwägungen *erst recht* zulässig sein. Insofern kann einem Geschäft des Schuldners, das zur Aufrechterhaltung seiner Existenz objektiv zwingend erforderlich ist, ein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko bereits von vornherein nicht zukommen. Anderenfalls würde der präventive Appell des Anfechtungsrechts dazu führen, dass bei Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung die Vornahme von existentiell wichtigen Geschäften unterbliebe oder rechtspraktisch zumindest erschwert würde. Während dem Schuldner somit sein Existenzminimum entzogen werden könnte, haben dessen Gläubiger an einer solchen Folge allerdings trotz der hohen Schutzbedürftigkeit ihrer Geldforderungen schlechter-

---

<sup>843</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)bb), Seite 18.

<sup>844</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)dd), Seite 21.

<sup>845</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 146; Ehrlicke, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 6 und 10. Siehe im Rahmen des AnfG ebenso Hk-ZV/Haertlein, AnfG, § 1 Rn. 17; Huber, AnfG, § 1 Rn. 27 f.

<sup>846</sup> Siehe für den Fall der Ausschlagung einer Erbschaft etwa BGH, NJW 2013, 692 Rn. 9 und 12.

dings kein schützenswertes Interesse, so dass bei objektiv existentiellen Geschäften eine Anfechtbarkeit mangels eines relevanten Belastungsrisikos per se ausscheiden muss.<sup>847</sup>

Wenn deshalb also neben den höchstpersönlichen auch die existentiellen Belange des Schuldners als absolute Grenze vom Anfechtungsrecht beachtet werden müssen, ist dabei im Näheren freilich danach zu unterscheiden, ob es sich beim Schuldner um einen Verbraucher oder um ein Unternehmen handelt. Denn nur für Verbraucher kann der aus der Unanfechtbarkeit höchstpersönlicher Handlungen soeben gezogene Erst-recht-Schluss unmittelbar herangezogen werden, so dass es zur Privilegierung von existentiell wichtigen Geschäften eines Unternehmens noch weiterer Erwägungen bedarf. Darüber hinaus unterscheidet sich anhand dieser Einteilung allerdings auch schon die Art der Geschäfte, welche für den Schuldner eine existentielle Bedeutung besitzen.

#### **(aa) Schuldner als Verbraucher**

Handelt es sich beim Schuldner um einen Verbraucher, bilden existentielle Geschäfte des Schuldners insbesondere den Erwerb von unpfändbaren Gegenständen, wie der Kauf von Nahrungsmitteln, aber auch die Erhaltung seiner Wohnung oder seiner angemessenen Teilhabe am gesellschaftlichen Leben. Dabei wurde in der Ausgangslage bereits dargelegt, dass die herrschende Meinung zur Begründung einer Unanfechtbarkeit in solchen Fällen von einem Bargeschäft gemäß § 142 InsO ausgeht. Wie gesehen kann diese Lösung jedoch bereits deshalb nicht überzeugen, weil der Erwerb von unpfändbaren Gegenständen für die Gläubiger keine gleichwertige Gegenleistung darstellt,<sup>848</sup> während die Nachteile für die Gläubiger sogar so offensichtlich ist, dass eine Vorsatzanfechtung nur durch Korrekturen am allgemeinen Vorsatzbegriff abgelehnt werden könnte.<sup>849</sup> Bei Lichte betrachtet handelt es sich daher um eine bloße Notlösung, welche auf Kosten einer konsequenten Anwendung der §§ 133, 142 InsO geht, um offenkundig unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden.

Eine solche Notlösung ist nach der hier vertretenen Konzeption tatsächlich jedoch gar nicht erforderlich. Stattdessen muss es bei existentiellen Geschäften des Schuldners bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung fehlen. Denn soweit solche Geschäfte mit Mitteln aus dem gemäß §§ 811 ff. und 850 ff. ZPO pfändungsfreien Schuldnervermögen getätigt wurden, auf welche die Gläubiger des Schuldners von vornherein nicht hätten zugreifen können, begründen sie im anfechtungsrechtlichen Sinne bereits keine Belastung des Schuldnervermögens,<sup>850</sup> so dass eine Anfechtung schon deshalb ausscheiden muss.

Sofern für das existentielle Geschäft jedoch im Einzelfall auch pfändbares Schuldnervermögen aufgewendet wurde, folgt wiederum aus dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip, dass die Wertung der §§ 811 ff. und 850 ff. ZPO über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus ebenso noch eine Geltung beanspruchen muss, wenn das Geschäft des Schuldners für dessen Existenz eine so wichtige Bedeutung hatte, dass es im Falle der Vermögenslosigkeit durch die Sozialhilfe des Staates finanziert worden wäre. Denn während für den Gläubigerzugriff auf aktuell noch vorhandene Vermögenswerte des Schuldners der allgemeine Grundsatz gilt, dass dem Schuldner keine Gegenstände entzogen werden dürfen, welche ihm

---

<sup>847</sup> Vgl. auch BAG, NZI 2014, 372 Rn. 19, 25, 44, das die Aufrechterhaltung des Existenzminimums für die Privilegierung von Lohnzahlungen an Arbeitnehmer heranziehen möchte. Siehe allerdings zur diesbezüglichen Kritik bereits unter B.IV.2)a)ff(2)(b), Seite 93 und noch sogleich. Demgegenüber fußt die hier vertretene Privilegierung nicht auf dem Existenzminimum des Anfechtungsgegners, sondern auf jenem des Schuldners. Letzteres müssen seine Gläubiger beachten.

<sup>848</sup> Siehe bereits B.I.2)b)aa)(2)(b)(aa), Seite 32.

<sup>849</sup> Vgl. bereits unter B.IV.2)f)gg), Seite 127.

<sup>850</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)aa), Seite 176.



der Staat durch die Sozialhilfe wieder zur Verfügung stellen müsste,<sup>851</sup> muss Entsprechendes auch für die nachträgliche Rückabwicklung eines bereits vollzogenen Geschäfts gelten, wenn der Schuldner durch dieses einen Gegenstand erworben hat, welcher anderenfalls durch den Staat hätte finanziert werden müssen. In diesen Fällen treten die Interessen der Gläubiger also von vornherein zurück. Deshalb können Vermögensbelastungen, die im Rahmen solch existentieller Geschäfte eintreten, dem Verhalten des Schuldners mangels eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos objektiv schon nicht zugerechnet werden, so dass es unabhängig von §§ 133, 142 InsO bereits an einem tauglichen Anfechtungsobjekt fehlt.

#### **(bb) Schuldner als Unternehmen**

Handelt es sich beim Schuldner um ein Unternehmen, ist es im Prinzip ebenso möglich, dass Geschäfte für den Schuldner eine existentielle Bedeutung haben. Dies ist dann der Fall, wenn ohne sie der Betrieb des Unternehmens nicht fortgeführt werden könnte, so dass der Betrieb alsbald schließen müsste. Bei der Beurteilung dieser existentiellen Geschäfte stellen sich jedoch naturgemäß ganz andere Probleme als bei einem Verbraucher. Denn während hier zugunsten des Schuldners nicht das Sozialstaatsprinzip greifen kann, ist es bei einem wirtschaftlich unrentablen Betrieb zur Vermeidung weiterer Verluste gegebenenfalls sogar sinnvoll, dass dieser nicht fortgeführt, sondern eben geschlossen wird. Andererseits ist es allerdings genauso denkbar, dass mit der Betriebsschließung die Verluste erst recht eintreten, während das Geschäftsmodell des Unternehmens wirtschaftlich eigentlich vielversprechend ist und nur dessen Verbindlichkeiten einer Restrukturierung bedürfen.

Die InsO begegnet diesen Eventualitäten bekanntlich, indem sie dem Insolvenzverwalter eines insolventen Unternehmens sowohl die Möglichkeit einräumt, den Betrieb aufzugeben und im Wege der Veräußerung von dessen Bestandteilen zu liquidieren, als auch ihn fortzuführen und das Unternehmen mittels eines Insolvenzplans zu sanieren.<sup>852</sup> Welche dieser Verwertungsalternativen für die Befriedigung der Gläubiger am besten geeignet ist, hängt vom Einzelfall ab und bedarf einer genauen Prüfung.<sup>853</sup> Damit der Insolvenzverwalter eine solch prüfende Entscheidung vornehmen kann, ist jedoch ein Insolvenzverfahren erforderlich. Soll die Entscheidung nicht schon im Vorfeld durch vollendete Tatsachen vorweggenommen werden, muss der Betrieb also zumindest bis zum Insolvenzverfahren noch fortgeführt werden können. Anderenfalls droht die Unternehmenssanierung als Methode zur Verwertung des Schuldnervermögens in der Rechtspraxis leerzulaufen,<sup>854</sup> obwohl sie eigentlich vom Gesetzgeber als gleichrangige Befriedigungsmöglichkeit eingestuft wurde.<sup>855</sup> Dem Insolvenzverwalter diese Möglichkeit rechtspraktisch abzuschneiden, kann nicht der Sinn und Zweck des Anfechtungsrechts sein.

Darüber hinaus würde durch eine Betriebsschließung nicht nur die Entscheidung zwischen Liquidierung und Sanierung vorweggenommen, sondern auch die Ausübung des Wahlrechts aus § 103 InsO. Denn wenn das Unternehmen bei einer Betriebsschließung die Verträge mit seinen Geschäftspartnern faktisch nicht mehr erfüllen könnte und sich letztere vom Vertrag dementsprechend wieder lösen würden, wären von dieser Folge selbst jene Verträge betroffen, welche für das Schuldnervermögen vorteilhaft sind und die der Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO zugunsten der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger eigentlich noch hätte er-

---

<sup>851</sup> BGH, NJW-RR 2004, 789, 790; MüKo/Gruber, ZPO, § 811 Rn. 6.

<sup>852</sup> Uhlenbruck/Lüer/Streit, InsO, § 217 Rn. 1. Vgl. auch MüKo/Ganter/Lohmann, InsO, § 1 Rn. 85.

<sup>853</sup> MüKo/Ganter/Lohmann, InsO, § 1 Rn. 44 f. Vgl. auch Prütting, in: Kölner Schrift (2. Aufl. 2000), S. 221 Rn. 60.

<sup>854</sup> In diesem Sinne auch BAG, NZI 2011, 981 Rn. 18. Die dahingehende Bedeutung der Arbeitsleistung anerkennend aber ebenso *Jabobs/Doebert*, ZInsO 2012, 618, 623.

<sup>855</sup> *Bork*, Insolvenzrecht, Rn. 366; *Prütting*, aaO.

füllen wollen.<sup>856</sup> Dieses Wahlrecht ist rechtspraktisch allerdings nur dann gewährleistet, wenn die objektiv unverzichtbaren Grundlagen der Betriebsfortführung durch das Anfechtungsrecht nicht untergraben werden.

Insgesamt zeigt sich also, dass die Sicherung der Grundlagen der Betriebsfortführung letztlich nicht nur die Interessen des Schuldners schützt, sondern in Form der rechtspraktischen Aufrechterhaltung der Verwertungsalternativen im Insolvenzverfahren vor allem auch die Interessen der Gläubiger selbst.<sup>857</sup> Würde hingegen die Betriebsfortführung durch das Bestehen eines Anfechtungsrisikos faktisch unterbunden werden, liefen die Gläubiger Gefahr, einen Pyrrhussieg zu erringen,<sup>858</sup> welcher ihre Befriedigungsmöglichkeiten nicht sichert, sondern im Gegenteil weiter einschränken würde. Deshalb haben die Gläubiger immer dann kein entgegenstehendes schützenswertes Interesse an der Vornahme eines existentiellen Geschäfts des Unternehmens, wenn dieses lediglich die objektiv unverzichtbaren Voraussetzungen dafür schafft, dass die Entscheidung des Insolvenzverwalters über die optimale Verwertung des Schuldnervermögens nicht bereits im Vorfeld des Insolvenzverfahrens rechtspraktisch vorgezogen wird.

### **(aaa) Unentbehrliche Grundlagen der Betriebsfortführung**

Aus diesem Grunde ist es gerechtfertigt, solche Geschäfte des Schuldners von einer Anfechtbarkeit auszuklammern, die zur Betriebsfortführung »unentbehrlich« sind und daher den Gläubigern »im Allgemeinen nutzen«. In der Ausgangslage wurde bereits dargelegt, dass der BGH und die herrschende Literatur die Privilegierung dieser Geschäfte einerseits über die Annahme eines Bargeschäfts oder zumindest eines »bargeschäftsähnlichen« Vorgangs und andererseits über eine einschränkende Auslegung des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners bewerkstelligen möchten.<sup>859</sup> Wie gesehen kann dies allerdings schon deshalb nicht überzeugen, weil bei nur »im Allgemeinen« nützlichen Geschäften die Vorteile für die Gläubiger nicht unmittelbar mit der Leistung des Schuldners eintreten, sondern als Folgevorteile rein mittelbarer Natur sind. Stattdessen beinhaltet die Handlung richtigerweise bereits kein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko, so dass auch hier unabhängig von §§ 133, 142 InsO gelten muss, dass die Anfechtung schon am Erfordernis einer Rechtshandlung scheitert, wenn das Geschäft zur Betriebsfortführung unerlässlich ist und insofern den Entscheidungsspielraum des Insolvenzverwalters letztlich nur sichert.

Als in diesem Sinne unverzichtbare Grundlagen der Betriebsfortführung sind zumindest die Lohnzahlungen an die Arbeitnehmer anzusehen, wenn und weil der Betrieb ohne ihre Arbeitskraft geschlossen werden müsste und deshalb die Entscheidungsgewalt des Insolvenzverwalters über die optimale Verwertung rechtspraktisch leer lief. Weil es dabei auf die besondere Schutzwürdigkeit von Arbeitnehmern nicht ankommt, ist freilich nicht zu verkennen, dass von dieser Privilegierung auch unverzichtbare Lieferanten des Unternehmens erfasst sein müssen. Weil die Privilegierung jedoch gerade als objektive Zurechnungsfrage anhand des Sinn und Zwecks des Anfechtungsrechts erfolgt, kann ein etwaig drohender Missbrauch anhand einer objektiven Kontrolle ausgeschlossen werden. In diesem Sinne sind nur solche Lieferungen privilegiert, welche als Grundlage der Betriebsfortführung auch in ihrer objektiven Bedeutung tatsächlich unverzichtbar sind.

<sup>856</sup> Denn nach heute herrschender Meinung besteht das Wahlrecht des Insolvenzverwalters, um der Haftungsmasse vorteilhafte Gegenleistungen zu verschaffen, vgl. nur Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 103 Rn. 2.

<sup>857</sup> Vgl. auch Uhlenbruck/Lüer/Streit, InsO, § 217 Rn. 4, wonach die Möglichkeit der Unternehmenssanierung »keine Rechtswohlthat für den Schuldner« darstelle, sondern unter dem »Primat bestmöglicher Gläubigerbefriedigung« stehe. So auch die Begründung zum RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 91.

<sup>858</sup> Richtig Brinkmann, ZZZ 125 (2012), 197, 213.

<sup>859</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)aa)(2)(b)(bb), Seite 33, sowie unter B.IV.2)a)ff)(2)(a), Seite 92.

Keine Grundlage, sondern bereits *Bestandteil* der Betriebsfortführung, ist demgegenüber die Erfüllung der Verträge mit den Kunden des Unternehmens. Eine Ausklammerung dieser reinen Umsatzgeschäfte aufgrund einer fehlenden Rechtshandlung kommt deshalb auch nach der hier vertretenen Konzeption nicht in Betracht. Zwar ist insofern eine Privilegierung im Ergebnis ebenfalls erforderlich, weil der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs noch nicht gedient wäre, wenn die gewöhnliche Abwicklung von Umsatzgeschäften wiederum stets einem Anfechtungsrisiko unterläge. Vielmehr würden die Kunden des Schuldners aufgrund der präventiven Funktion des Anfechtungsrechts von einem Handel mit dem Schuldner absehen, auch wenn dieser faktisch noch möglich wäre. Indessen muss dieser Folge durch eine Privilegierung lediglich insoweit entgegengewirkt werden, wie zum Zeitpunkt der Rechtshandlung nach den Umständen auch erwartet werden kann, dass das konkrete Umsatzgeschäft die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger im Insolvenzverfahren zumindest nicht mindern wird. Diese Voraussetzungen festzulegen ist wiederum der eigentliche Rechtsgedanke des Bargeschäftsprivilegs gemäß § 142 InsO.<sup>860</sup>

Im Ergebnis ergibt sich somit nach der hier vertretenen Auffassung im Rahmen der Betriebsfortführung eines Unternehmens eine *zweigestufte* Privilegierung. In diesem Sinne sind existentielle Geschäfte zur Sicherstellung der unverzichtbaren Grundlagen der Betriebsfortführung mangels eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos einer Anfechtung von vornherein entzogen, während die einzelnen Umsatzgeschäfte hingegen vom Bargeschäftsprivileg gemäß § 142 InsO profitieren können, dafür allerdings auch dessen strenge Voraussetzungen erfüllen müssen.

### **(bbb) Vorinsolvenzliche Sanierungsmaßnahmen**

Wenn die Sicherstellung der unverzichtbaren Grundlagen der Betriebsfortführung dem Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren die rechtspraktische Entscheidungsmöglichkeit gewährleisten soll, bei der Verwertung des Schuldnervermögens insbesondere zwischen einer Liquidierung und Sanierung des Unternehmens zu wählen, ist es jedoch durchaus denkbar, dass diese Möglichkeit – trotz der bis zum Verfahren erfolgten Betriebsfortführung – in Wahrheit schon deshalb nicht besteht, weil eine Sanierung innerhalb des Insolvenzverfahrens aufgrund der negativen Auswirkungen der formalen Insolvenz von vornherein wenig oder keinen Erfolg verspricht. So ist etwa im englischen Rechtskreis allgemein anerkannt, dass insbesondere bei nicht insolvenztauglichen Geschäftsmodellen bereits die bloße Eröffnung eines formalen Insolvenzverfahrens für das Unternehmen zum Verlust von *good will* führt, so dass erst innerhalb des Insolvenzverfahrens begonnene Sanierungsmaßnahmen nicht nur erheblich erschwert werden, sondern zur Rettung des Unternehmens mitunter schon zu spät kommen.<sup>861</sup> So ist es beispielsweise denkbar, dass ein Unternehmen, das insbesondere auf Aufträge der öffentlichen Verwaltung angewiesen ist, seinen Betrieb in der formalen Insolvenz praktisch nicht mehr fortführen kann, weil die Richtlinien der öffentlichen Verwaltung eine Auftragsvergabe an insolvente Unternehmen ausschließen.

Es wundert daher nicht, dass hinsichtlich Sanierungsbemühungen, welche noch vor der formalen Insolvenz erfolgen, in der anfechtungsrechtlichen Diskussion deutliche Privilegie-

---

<sup>860</sup> Siehe bereits umrisshaft unter B.IV.2)f)cc), Seite 122 f., und noch im Näheren unter C.II.3)a)cc)(1), ab Seite 253 ff.

<sup>861</sup> Vgl. *Simpson/Goffman*, in: *The Law and Practice of Restructuring in the UK and US*, para. 2.01; *Wood*, *Principles of International Insolvency*, para. 2-004. Diese Einsicht ist auch in der deutschen Diskussion ausweislich der Forderung nach einem vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren nicht unbekannt. Vgl. insofern nur die Kritik an der Praxistauglichkeit des neu eingeführten § 270b InsO bei *Siemon*, *ZInsO* 2012, 1045, 1047 ff., der anmerkt, dass »die Beantragung eines Schutzschirmverfahrens gem. § 270b InsO regelmäßig keinen Sinn macht, wenn sich das Geschäftsmodell des schuldnerischen Unternehmens in einer Insolvenzsituation nicht behaupten kann«. Ebenso auf die negativen Folgen der formalen Insolvenz hinweisend *Flöther*, *ZIP* 2012, 1833, 1841.

rungsbemühungen bestehen. Wenn die Rechtsprechung in diesem Sinne aufgrund eines »anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willens« das Vorliegen eines Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners gemäß § 133 Abs. 1 InsO ablehnt, wurde in der Ausgangslage jedoch bereits dargelegt, dass sie die Lösung der Problematik auch hier zu Unrecht erst in den Tatbeständen verortet.<sup>862</sup> Denn eine Privilegierung von objektiv aussichtsreichen Sanierungsbemühungen kann über den Schuldnervorsatz nicht konsequent gelingen, ohne mit der allgemeinen Vorsatzdogmatik zu brechen, so dass es sich auch insofern bei Lichte betrachtet wiederum nur um eine Notlösung handelt.

Nach hier vertretener Auffassung ist eine solche allerdings auch hinsichtlich einer vorinsolvenzlichen Sanierung nicht erforderlich. Denn ist eine Sanierung im formalen Insolvenzverfahren rechtspraktisch nicht möglich oder wenig erfolgsversprechend, würde ein Ausbleiben eines vorinsolvenzlichen Sanierungsversuchs den Gläubigern eine Verwertungsmöglichkeit faktisch abschneiden, welche der Gesetzgeber der InsO den Gläubigern jedoch gerade einräumen wollte. Insofern handelt es sich im Kern um dieselbe Problematik, wie die Sicherung der unverzichtbaren Grundlagen der Betriebsfortführung, so dass die Gläubiger hinsichtlich eines objektiv gebotenen vorinsolvenzlichen Sanierungsversuchs kein entgegenstehendes schützenswertes Interesse haben und es damit bereits an einer Rechtshandlung im Sinne von § 129 InsO fehlt.

In diesem Sinne lässt sich unter der Voraussetzung, dass eine Sanierung im formalen Insolvenzverfahren nicht oder nur wenig aussichtsreich wäre, im Übrigen unproblematisch auf die vom BGH entwickelten Maßstäbe zurückgreifen. Folglich sind vorinsolvenzliche Sanierungsversuche mangels eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos eben »unbedenklich«, wenn die Sanierungsbemühungen von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehen und eine ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg haben.<sup>863</sup> Bestehen diese Voraussetzungen, ist es insbesondere unschädlich, wenn der Schuldner gleichwohl noch einen bedingten Benachteiligungsvorsatz hat, weil er auf den Erfolg der Sanierungsbemühungen nicht vollends vertraut. Vielmehr wird es möglich, für die Privilegierung von vorinsolvenzlichen Sanierungsversuchen offen und direkt auf objektive Umstände abzustellen, ohne dass dafür ein Bruch mit der Vorsatzdogmatik erforderlich wäre.

### **(3) Zwischenfazit**

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass sich insbesondere in gesetzlich nicht geregelten Zweifelsfällen über ein materiell-wertendes Verständnis des Begriffs der Rechtshandlung als Zurechnungsproblematik auch der sachliche Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts bestimmen lässt. Insofern beinhalten Vermögensvorgänge, an deren Verhinderung die Gläubiger des Schuldners aus dem Blickwinkel des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts schlechterdings kein schützenswertes Interesse haben, bereits kein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko, so dass die Verwirklichung eines solchen eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne von § 129 InsO mangels objektiver Zurechenbarkeit auch nicht begründen kann. Während sich damit nicht nur höchstpersönliche, sondern auch existentiell wichtige Handlungen des Schuldners von einer Anfechtung von vornherein ausklammern lassen, können somit etwa der Erwerb von Nahrungsmitteln, die Lohnzahlungen an Arbeitnehmer sowie vorinsolvenzliche Sanierungsbemühungen anhand von objektiven Maßstäben schon auf der Ebene der Rechtshandlung einer sachgerechten Lösung zugeführt werden. Hingegen kommt es insofern auf die etwaig einschlägigen Anfechtungstatbestände noch nicht an, so dass sich auch Korrekturen in ihrer Auslegung erübrigen.

<sup>862</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff(1), Seite 92.

<sup>863</sup> Vgl. insofern BGH, NZI 2012, 142 Rn. 11; NZI 2009, 171 Rn. 72; NJW-RR 1993, 238, 241.

#### **dd) Begünstigung eines Drittvermögens**

Das Fehlen eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos stellt allerdings auch nach der hier vertretenen Auffassung nicht mehr als eine Ausnahme dar, so dass ein Risikozusammenhang zwischen dem Verhalten und der Vermögensbelastung in aller Regel unproblematisch begründet werden kann. Eine andere Frage ist es hingegen, ob ein solcher Risikozusammenhang darüber hinaus auch zur Begünstigung eines Drittvermögens besteht. Diese Frage gilt es ebenso zu beantworten, denn die Anfechtung ergibt regelmäßig nur dann Sinn, wenn die Rechtshandlung in ihren Wirkungen ebenfalls der Begünstigung eines Drittvermögens entspricht. Anderenfalls bestünde schon kein Anfechtungsgegner, welcher gemäß § 143 InsO diesbezüglich rückgewährpflichtig sein könnte. Eben dieser Gegner wird nach hier vertretener Auffassung jedoch maßgeblich durch den Risikozusammenhang zwischen der Handlung und dem Eintritt einer Drittbegünstigung ermittelt.

Wie in der Ausgangslage bereits dargelegt wurde, handelt es sich insofern im Grunde um eine einfache Zwei-Schritt-Prüfung:<sup>864</sup> In einem ersten Schritt gilt es zu untersuchen, welches Risiko die Handlung des Schuldners für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger hervorgerufen hat, während in einem zweiten Schritt zu prüfen ist, ob sich eben dieses Risiko in der zuzurechnenden Begünstigung des Anfechtungsgegners auch realisiert hat.

#### **(1) Unmittelbare Vermögensverschiebungen**

Dabei erlangt diese Zwei-Schritt-Prüfung in der Konstellation einer unmittelbaren Vermögensverschiebung im Normalfall freilich keine eigenständige Bedeutung. Denn wenn die Handlung hier das Risiko beinhaltet, dass das Schuldnervermögen belastet wird, lässt sich die auf der Kehrseite erfolgende Begünstigung des Anfechtungsgegners von der Verwirklichung dieses Risikos bereits logisch nicht trennen. Übereignet der Schuldner einen Gegenstand unmittelbar an den Anfechtungsgegner, realisiert sich in diesem Erwerb des Gegners vielmehr zwingend das Risiko der Belastung des Schuldnervermögens. Diese fehlende Unterscheidbarkeit stellt das Kriterium eines Risikozusammenhangs nicht in Abrede. Stattdessen bedeutet sie nur, dass bei einer unmittelbaren Vermögensverschiebung ein solcher Zusammenhang naturgemäß besteht.

Anderes kann allerdings gelten, wenn es sich bei der unmittelbaren Vermögensverschiebung nur um den ersten Teilakt einer darüber hinausgehenden mittelbaren Zuwendung handelt. Denn wird nach dem ersten Teilakt durch eine anschließende Vermögensverschiebung an den Empfänger die mittelbare Zuwendung ausgeführt, handelt es sich bei der ersten Vermögensverschiebung nur noch um den Zwischenerwerb einer Mittelsperson. In der Ausgangslage wurde bereits erwähnt, dass dieser Zwischenerwerb – respektive die Einschaltung einer Mittelsperson – für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger im Regelfall kein eigenständiges Risiko beinhaltet, weil diese hierdurch nicht stärker beeinträchtigt werden als bei einer unmittelbaren Zuwendung an den Empfänger.<sup>865</sup> In der Folge wird mit der Ausführung der mittelbaren Zuwendung allerdings der Risikozusammenhang zum Zwischenerwerb grundsätzlich wieder negiert. Um die dahinterstehende Dogmatik sowie die insofern geltenden Ausnahmen näher zu beleuchten, soll sich im Folgenden den Konstellationen der mittelbaren Zuwendung im Detail gewidmet werden.

#### **(2) Mittelbare Zuwendungen**

Der rückgewährpflichtige Anfechtungsgegner muss nicht unbedingt derjenige sein, der den verschobenen Vermögenswert unmittelbar erhalten hat. Denn § 143 Abs. 1 InsO verlangt bereits seinem Wortlaut nach nicht, dass die Begünstigung des Gegners eine unmittelbare Folge

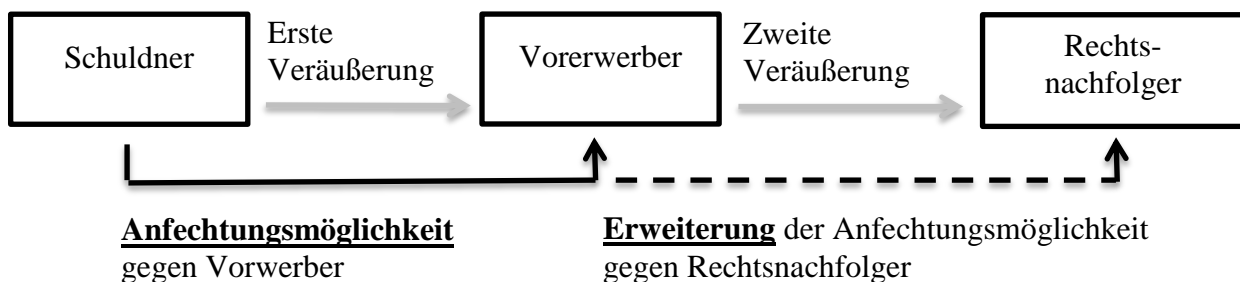
---

<sup>864</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)bb), ab Seite 18 f.

<sup>865</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)dd), Seite 20.

der Handlung darstellt.<sup>866</sup> Gleichwohl sind der Einbeziehung von nur mittelbaren Begünstigungen enge Grenzen gesetzt. Wie sich nämlich aus einem Umkehrschluss zu § 145 Abs. 2 InsO ergibt, wird eine mittelbare Begünstigung von der anzufechtenden Rechtshandlung nicht ohne weiteres erfasst. Vielmehr stellt die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger, an welchen der Vorerwerber seinen Erwerb weitergereicht hat, einen Sonderfall dar, welcher einer ausdrücklichen Normierung durch § 145 Abs. 2 InsO bedarf.<sup>867</sup> Danach wird insbesondere vorausgesetzt, dass gegenüber dem Vorerwerber eine Anfechtungsmöglichkeit bereits bestand, so dass die insofern schon begründete Anfechtbarkeit auf den Rechtsnachfolger durch § 145 Abs. 2 InsO »erweitert« werden kann.<sup>868</sup>

*Anfechtung bei bloßer Rechtsnachfolge:*



Ist gegen den Vorerwerber hingegen ein Anfechtungstatbestand nicht einschlägig, so dass dieser anfechtungsfest erworben hat, kann eine solche Erweiterung mangels bereits bestehender Anfechtbarkeit jedoch von vornherein nicht stattfinden, so dass folglich auch eine Anfechtung gegen den mittelbar Begünstigten über § 145 Abs. 2 InsO ausscheiden muss.

Weil daher insbesondere bei mittelbaren Zuwendungen in Form von zwei getrennten Geschäften die Gefahr von Umgehungsversuchen besteht, ist es erforderlich, eine Anfechtung gegen den mittelbaren Empfänger auch unabhängig von einer Erweiterung über § 145 Abs. 2 InsO zu ermöglichen. Dies geschieht, indem der Erwerb des Empfängers bereits *originär* der Rechtshandlung des Schuldners zugerechnet wird,<sup>869</sup> so dass bei mittelbaren Zuwendungen eine eigenständige Anfechtungsmöglichkeit gegen den Empfänger besteht.

*Anfechtung bei mittelbarer Zuwendung:*



<sup>866</sup> Braun/Riggert, InsO, § 143 Rn. 3.

<sup>867</sup> In diesem Sinne der BGH, NJW 1987, 1703, 1704 zur Parallelvorschrift in § 11 Abs. 2 AnfG. Ebenso Anders/Leithaus/Leithaus, InsO, § 145 Rn. 3, wonach die Anfechtbarkeit gegen den Einzelrechtsnachfolger grundsätzlich nicht geltend gemacht werden kann.

<sup>868</sup> So BGH, aaO. Vgl. ebenso Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Rn. 1 und 4; MüKo/Kirchhof, InsO, § 145 Rn. 4; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 145 Rn. 1. Andere Ansicht aber Marotzke, KTS 1987, 569, 573, nach dem auf Grundlage der dinglichen Theorie keine Erweiterung stattfindet, sondern umgekehrt die grundsätzlich unbeschränkte Haftung nur eingeschränkt werde.

<sup>869</sup> In diesem Sinne BGH, NJW 1980, 1795; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 68; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 145 Rn. 16; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 145 Rn. 22. Kritisch jedoch Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 117 ff.

Aus einem Umkehrschluss zu § 145 Abs. 2 InsO folgt, dass es für eine solche originäre Zurechnung des mittelbaren Erwerbs nicht schon ausreichen kann, dass ein einfacher Kausalzusammenhang zur Belastung des Schuldnervermögens besteht, sondern dass es vielmehr eines noch darüber hinausgehenden Zurechnungskriteriums bedarf. Während dieses weitere Kriterium nach der hier vertretenen Auffassung eben in einem Risikozusammenhang zu erblicken ist, führt das Bestehen eines solchen Zusammenhangs im Ergebnis wiederum dazu, dass die Anfechtungsmöglichkeit auf den mittelbaren Empfänger – anders als bei § 145 Abs. 2 InsO – nicht erweitert, sondern *verlagert* wird, weil dann dem Zwischenerwerb der Mittelsperson anfechtungsrechtlich regelmäßig keine eigene Bedeutung mehr zukommt.

**(a) Anfechtungsmöglichkeiten in der Insolvenz des Schuldners**

Um die Anfechtungsmöglichkeiten in der Insolvenz des Schuldners bestimmen zu können, ist es deshalb als erstes erforderlich, dass geklärt wird, ob eine mittelbare Zuwendung oder eine bloße Rechtsnachfolge gemäß § 145 Abs. 2 InsO vorliegt. Dabei unterscheidet sich die mittelbare Zuwendung von einer Rechtsnachfolge im Sinne des § 145 Abs. 2 InsO in ihrem Kern darin, dass die Weiterreichung an den Empfänger aus Sicht des Schuldners nicht bloß zufällig erfolgte, sondern gerade als Ziel der Vermögensbelastung vom Schuldner »von Anfang an gewollt« war.<sup>870</sup> Das heißt also, dass zur Unterscheidung zwischen den beiden Erwerbsformen nach dem *anfänglichen Willen des Schuldners* zu fragen ist. Insofern kann eine mittelbare Zuwendung nur dann vorliegen, wenn der Schuldner es bei der ersten Veräußerung schon darauf abgesehen hatte, den Vermögenswert durch eine Weiterveräußerung im Ergebnis gerade in das mittelbare Empfangsvermögen zu verschieben. Eben dieser »vorgefasste Plan« des Schuldners ist auch für die Bestimmung eines Risikozusammenhangs von ausschlaggebender Bedeutung.

**(aa) Vorrang der Anfechtung gegen den Empfänger**

War die spätere Weiterveräußerung an den Empfänger vom Schuldner »von Anfang an gewollt«, lässt sich über das Kriterium eines Risikozusammenhangs begründen, dass der Handlung des Schuldners der Erwerb des Empfängers originär zuzurechnen ist. Denn gerade aufgrund dieses zielgerichteten Willens des Schuldners beinhaltet seine Handlung schon das Risiko, dass das Schuldnervermögen zugunsten eines Erwerbs des Empfängers belastet wird. Die entscheidende Bedeutung des Schuldnerwillens folgt nämlich daraus, dass die Verfügungsgewalt über das Schuldnervermögen vor der Verfahrenseröffnung noch beim Schuldner selbst liegt, so dass das Risiko einer Vermögensbelastung zu diesem Zeitpunkt in erster Linie davon abhängig ist, wie der Schuldner mit seinem Vermögen verfahren möchte. Verfolgt der Schuldner dabei den Plan, sein Vermögen an den Empfänger zu verschieben, wird das Risiko einer solchen Vermögensverschiebung deshalb mit derjenigen Handlung hervorgerufen, durch die der Schuldner die geplante Vermögensverschiebung in die Wege leitet und damit ermöglicht. Wird nun hieran anknüpfend durch eine weitere Handlung der Mittelsperson die geplante Vermögensverschiebung tatsächlich herbeigeführt, hat sich hierin letztlich also nur das Risiko realisiert, das in der vorherigen Handlung des Schuldners schon enthalten war, so dass zum Erwerb des Empfängers ein Risikozusammenhang gezogen werden kann.<sup>871</sup>

**(aaa) Regelmäßig keine Risikorealisation im Zwischenerwerb**

Dabei lässt sich gerade anhand des »vorgefassten Plans« des Schuldners zugleich auch erklären, dass sich hingegen im Zwischenerwerb der Mittelsperson im Regelfall kein eigenständiges Risiko für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger realisiert. Denn hat die Mittelsperson ihren Erwerb entsprechend des »vorgefassten Plans« nur deshalb erhalten, um diesen anschließend an den Empfänger weiterzureichen, wäre es ohne das Ziel einer Vermögensver-

---

<sup>870</sup> BGH, NJW 1992, 834, 835; NJW 1980, 1795. Siehe auch bereits unter A.II, Seite 6.

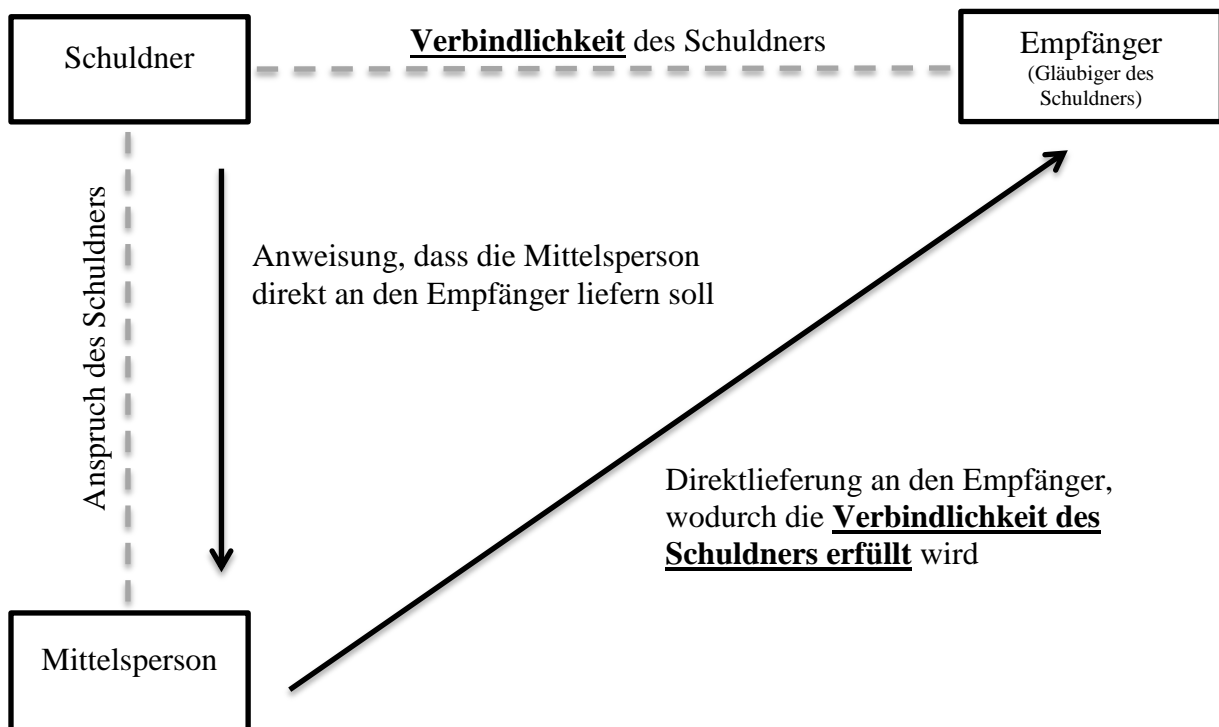
<sup>871</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)bb), Seite 18.

schiebung an den Empfänger zu einem Zwischenerwerb der Mittelsperson – und damit zu einer Belastung des Schuldnervermögens – schon gar nicht gekommen. Dann hat aber aus der Sicht der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger der Zwischenerwerb im Regelfall auch keine eigenständige Relevanz. Vielmehr liegt die eigentliche Bedeutung des Zwischenerwerbs aus Sicht der Gläubiger lediglich darin, dass sich die Vermögensverschiebung an den Empfänger nicht in einer unmittelbaren, sondern in einer mittelbaren Weise vollzog. Allein durch diese Mittelbarkeit der Zuwendung werden die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger jedoch regelmäßig nicht weiter geschmälert, so dass sich im Zwischenerwerb für die Befriedigungsmöglichkeiten insofern auch kein Risiko verwirklicht.<sup>872</sup>

**(bbb) Regelmäßig Anfechtung entsprechend des Kausalverhältnisses**

Kommt es dementsprechend für die Bestimmung eines Risikozusammenhangs entscheidend auf das vom Schuldner gewollte Ziel der Vermögensverschiebung an, ist der hiermit anvisierte Empfänger nicht selten ein Gläubiger des Schuldners. Denn insbesondere in den klassischen Anweisungsfällen fällt aus Sicht des Schuldners der Empfänger der Vermögensverschiebung mit der Person seines Gläubigers zusammen.

*Illustration:*



Lässt sich deshalb sagen, dass aus der Sicht des Schuldners das Ziel der Vermögensverschiebung der Erfüllung seiner Verbindlichkeit entspricht, führt dies im Regelfall dazu, dass in der Insolvenz des Schuldners – im Ergebnis wie bei einer Rückabwicklung im Bereicherungsrecht – eine vorrangige Anfechtungsmöglichkeit entsprechend des Kausalverhältnisses besteht, so dass als einschlägige Tatbestände vor allem jene der Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO in Betracht kommen. Dabei wäre es allerdings verfehlt, in der Konsequenz diese Parallele zum Bereicherungsrecht mit der herrschenden Meinung zu verallgemeinern oder in einem vermeintlichen Vorrang der Deckungsanfechtung zu verankern.<sup>873</sup> Denn tatsächlich beruht die anfechtungsrechtliche Lösungsfindung auf gänzlich anderen Erwägungen,

<sup>872</sup> Siehe bereits unter B.I.1)d)dd), Seite 20.

<sup>873</sup> Siehe zum vermeintlichen Vorrang der Deckungsanfechtung bereits unter B.IV.2)e)cc)(1), Seite 116.



welche bezüglich weiterer Fragestellungen wiederum zu abweichenden Ergebnissen führen müssen.

**(bb) Mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung der Mittelsperson**

Dass die Anfechtung gegenüber dem Empfänger vorrangig ist, bildet letztlich nur die Kehrseite davon, dass die Anfechtung gegenüber der Mittelsperson regelmäßig ausgeschlossen ist. Wenn dieser Ausschluss wie dargelegt darauf basiert, dass allein aufgrund der Mittelbarkeit der Zuwendung die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger nicht stärker verringert sind, als bei einer unmittelbaren Vermögensverschiebung, entspricht die Unanfechtbarkeit des Zwischenerwerbs auch dem Zweck des Anfechtungsrechts. Weil eine Anfechtung nämlich lediglich dem Ausgleich eines Nachteils in Form der Gläubigerbenachteiligung dient, würde über dieses Ziel hinausgeschossen, wenn den Gläubigern schon allein wegen der Einschaltung einer Mittelsperson trotz eines insofern fehlenden Nachteils eine zusätzliche Anfechtungsmöglichkeit zur Verfügung stünde. Vielmehr folgt gerade aus dem Zweck des Anfechtungsrechts, dass eine Anfechtung gegen die Mittelsperson im Regelfall nicht in Betracht kommt.

Zwar scheint die Unanfechtbarkeit des Zwischenerwerbs zunächst auch dem Gedanken zu entsprechen, dass die Mittelsperson zumindest auf den ersten Blick schutzwürdig erscheint, weil sie durch ihren Zwischenerwerb letztlich nicht bereichert wurde. Wollte man deshalb die Unanfechtbarkeit mit der herrschenden Meinung eben anhand des fehlenden Vorteils der Mittelsperson begründen, würde allerdings wie schon dargelegt die falsche Perspektive eingenommen.<sup>874</sup> Denn anfechtungsrechtlich kommt es nicht auf den Vorteil des Anfechtungsgegners, sondern allein auf den Nachteil der Gläubiger an.

**(aaa) Realisierung eines mittelbarkeitsspezifischen Risikos**

Wenn sich eben deshalb die Bestimmung eines Risikozusammenhangs gerade nach den Risiken für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger richtet, ist insofern die Einschaltung einer Mittelsperson bei genauerer Betrachtung allerdings nicht vollständig risiklos. Zwar wird das Vermögen des Schuldners durch die Mittelbarkeit der Zuwendung nicht stärker gemindert, als dies im Wege einer unmittelbaren Vermögensverschiebung der Fall wäre. Jedoch können die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger im Insolvenzverfahren auch dadurch beeinträchtigt sein, dass den Gläubigern ein Anfechtungsanspruch verloren gegangen ist. Denn so wie das noch verbliebene Schuldnervermögen den Gläubigern als Befriedigungsmöglichkeit zur Verfügung steht, gilt nichts anderes für einen Anfechtungsanspruch. Vielmehr bedeutet gerade die Anfechtbarkeit einer Vermögensverschiebung laut der maßgeblichen haftungsrechtlichen Theorie, dass der anfechtbar verschobene Vermögenswert den Gläubigern des Schuldners als Haftungsmasse noch zugeordnet ist.<sup>875</sup> Verlieren die Gläubiger einen Anfechtungsanspruch, verlieren sie deshalb auch Haftungsmasse, so dass ihre Befriedigungsmöglichkeiten beeinträchtigt sind.

Vor diesem Hintergrund ist es allerdings denkbar, dass die Einschaltung einer Mittelsperson für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger das Risiko enthält, dass hierdurch ein Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger verloren geht. Dabei handelt es sich um ein mittelbarkeitsspezifisches Risiko, bei dessen Verwirklichung eine Anfechtung gegen den Empfänger einerseits ausscheidet, während andererseits – gleichsam auf der Kehrseite – eine Anfechtbarkeit gegen die Mittelsperson begründet wird. Insofern trifft die Mittelsperson eine im Ergebnis rein subsidiäre, *mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung*, welche namentlich durch die folgenden beiden Konstellationen hervorgerufen werden kann:

---

<sup>874</sup> Siehe bereits unter C.I.1)b)cc)(1), Seite 142.

<sup>875</sup> Vgl. bereits unter C.I.4)a)bb), Seite 162.

**(bbb) Verbleib der Zuwendung im Mittelvermögen**

Eine mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung der Mittelsperson kommt insbesondere in Betracht, wenn und soweit die Mittelsperson ihren Erwerb entgegen dem Willen des Schuldners nicht weitergereicht hat.<sup>876</sup> Liegt insofern eine mittelbare Zuwendung tatsächlich schon gar nicht vor, verbleibt es also bei der unmittelbaren Vermögensverschiebung an die Mittelsperson, so dass auch eine Verlagerung der Anfechtungsmöglichkeit auf den Empfänger nicht in Betracht kommt. Vielmehr verwirklicht sich dann in der Einschaltung der Mittelsperson das mittelbarkeitsspezifische Risiko, dass die Zuwendung auf dem Weg zum Empfänger bei ihr gleichsam „stecken bleibt“. Während eine Anfechtung gegen den gewollten Empfänger deshalb naturgemäß ausscheiden muss, ist die Mittelsperson (weiterhin) einer möglichen Anfechtbarkeit ausgesetzt. Ein solches Ergebnis ist insbesondere auch aus der Sicht der Mittelsperson sachgerecht, denn diese hat es selbst in der Hand, die mittelbare Zuwendung an den Empfänger tatsächlich auszuführen und damit die Anfechtbarkeit auf diesen zu verlagern.

**(ccc) Gutgläubigkeit des Empfängers**

Aber selbst, wenn die Zuwendung durch die Mittelsperson vollständig ausgeführt wurde, kann eine Anfechtung gegen den Empfänger mittelbarkeitsspezifisch erfolglos sein. Denn gerade der Umweg über die Mittelsperson begründet das Risiko einer *Verschleierung*, weil dem Empfänger allein aufgrund der Mittelbarkeit der Zuwendung unbekannt geblieben sein kann, dass die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden. Eine solch mittelbarkeitsspezifische Gutgläubigkeit des Empfängers ist im Einzelfall möglich, wenn durch die Zwischenschaltung der Mittelsperson dem Empfänger nicht ersichtlich gewesen ist, dass dessen Erwerb letztlich zulasten des Schuldnervermögens erfolgte.<sup>877</sup> Denn durch die Einschaltung einer Mittelsperson könnte je nach Konstellation entweder der Schuldner seine Identität verbergen, indem er lediglich als anonymer Hintermann auftritt, oder der Empfänger sogar davon ausgehen, dass ein solcher Hintermann gar nicht existiert, weil aus Sicht des Empfängers nicht der Schuldner, sondern die Mittelsperson der Zuwendende ist.

In diesen Fällen kann der Empfänger von vornherein nicht wissen, dass durch die Zuwendung die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden,<sup>878</sup> und zwar selbst dann nicht, wenn ihm die Insolvenz des Schuldners zum Zeitpunkt seines Erwerbs eigentlich bekannt ist.<sup>879</sup> Vielmehr ist der Empfänger hinsichtlich der Benachteiligung der Gläubiger des Schuldners in solchen Konstellationen gerade aufgrund der Mittelbarkeit der Zuwendung gutgläubig. Wenn eine Anfechtung gegen den Empfänger daher ausgeschlossen ist, realisiert sich in der Einschaltung der Mittelsperson für das Schuldnervermögen jedoch ein eigenständiges Risiko, so dass die Mittelsperson eine mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung trifft. Auch aus der Sicht der Mittelsperson ist dieses Ergebnis sachgerecht. Denn die Mittelsperson kann sich dem Risiko einer solchen Ausfallhaftung schon dadurch entziehen, dass sie eine Verschleierung verhindert, indem sie bei der Leistungserbringung durch die Offenbarung des Schuldners als Zuwendenden sicherstellt, dass der Empfänger sich zur Begründung seiner Gutgläubigkeit auf die Mittelbarkeit der Zuwendung nicht berufen kann.

<sup>876</sup> Vgl. im Ergebnis auch Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 304.

<sup>877</sup> Dem entspricht es, dass die herrschende Meinung für die Anfechtung einer mittelbaren Zuwendung im Ergebnis vollkommen zu Recht fordert, dass dem Empfänger bekannt gewesen sein muss, dass es sich um eine Leistung des Schuldners handelt, vgl. nur BGH, NJW 1999, 3636. Siehe dazu im Näheren noch unter C.II.3a)bb)(2)(c), Seite 243.

<sup>878</sup> Richtig Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 79. Vgl. ebenso *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 73.

<sup>879</sup> Andere Ansicht im Ergebnis MüKo/*Kayser*, InsO, § 130 Rn. 31, der meint, ein Irrtum über die Person des Leistenden begründe keine Schutzwürdigkeit gegenüber den Gläubigern des tatsächlich Leistenden. Dies kann aus Verkehrsschutzgründen jedoch nicht überzeugen. Vielmehr werden die Gläubiger des Schuldners ausreichend über die Ausfallhaftung des Mittelvermögens geschützt.

**(cc) Zwischenfazit**

Bis hierhin lässt sich für mittelbare Zuwendungen in der Insolvenz des Schuldners festhalten, dass der richtige Anfechtungsgegner bereits auf der Ebene der Rechtshandlung anhand von Risikozusammenhängen sachgerecht bestimmt werden kann. Dabei hat sich gezeigt, dass die beiden Anfechtungsmöglichkeiten im Ergebnis in einer Art Wechselwirkung zueinander stehen. Während der Vorrang einer Anfechtung gegen den Empfänger nämlich letztlich nur die Kehrseite dessen ist, dass eine Anfechtung gegen die Mittelsperson im Regelfall nicht in Betracht kommt, gilt umgekehrt wiederum, dass eine Anfechtung gegen die Mittelsperson ausnahmsweise doch möglich ist, wenn die eigentlich vorrangige Anfechtung gegen den Empfänger mittelbarkeitspezifisch scheitert.

Eine solche Wechselwirkung entspricht dem Zweck des Anfechtungsrechts. Denn indem für den Insolvenzverwalter des Schuldners immer nur eine – aber auch zumindest eine – potentielle Anfechtungsmöglichkeit zur Verfügung steht, wird sichergestellt, dass die Anfechtbarkeit nicht mehr – aber auch nicht weniger – als dem Ausgleich des Nachteils der Gläubiger dient. Dogmatisch begründen lässt sich dieses Ergebnis, indem man im Sinne eines Risikozusammenhangs konsequent danach fragt, welche Risiken für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger durch die Handlung des Schuldners erstens hervorgerufen wurden und ob sich diese Risiken mit dem zuzurechnenden Vermögensvorgang zweitens auch realisiert haben.

Insofern begründet sich die vorrangige Anfechtungsmöglichkeit gegen den Empfänger damit, dass entsprechend des »vorgefassten Plans« des Schuldners dessen Handlung das Risiko einer Vermögensverschiebung an den Empfänger bereits enthielt, während sich in der Mittelbarkeit der Zuwendung für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger im Regelfall kein weiteres Risiko realisiert hat. Hingegen trifft die Mittelsperson anfechtungsrechtlich eine Ausfallhaftung, wenn sich in ihrer Einschaltung ausnahmsweise doch ein hinzutretendes Risiko verwirklicht hat, weil die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger gerade dadurch beeinträchtigt sind, dass eine Anfechtung gegen den Empfänger mittelbarkeitspezifisch scheitert.

**(b) Anfechtungsmöglichkeiten in der Insolvenz der Mittelsperson**

Bei mittelbaren Zuwendungen kommen Anfechtungsmöglichkeiten allerdings nicht nur in der Insolvenz des Schuldners, sondern auch in jener der Mittelsperson in Betracht.<sup>880</sup> Denn ein wesentliches Charakteristikum der anfechtungsrechtlichen mittelbaren Zuwendung ist es, dass die Mittelsperson nicht etwa als bloßer Stellvertreter oder Besitziener des Schuldners handelt, sondern für diesen im eigenen Namen leistet, das heißt unmittelbar ihr eigenes Vermögen verringert.<sup>881</sup> Stellt sich daher auch für den Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens die Frage, ob und gegen wen eine Anfechtungsmöglichkeit besteht, richtet sich dies genauso wie in der Insolvenz des Schuldners danach, ob die infragestehende Vermögensbegünstigung der anzufechtenden Handlung aufgrund eines Risikozusammenhangs zugerechnet werden kann.

**(aa) Vorrang der Anfechtung gegenüber dem Empfänger**

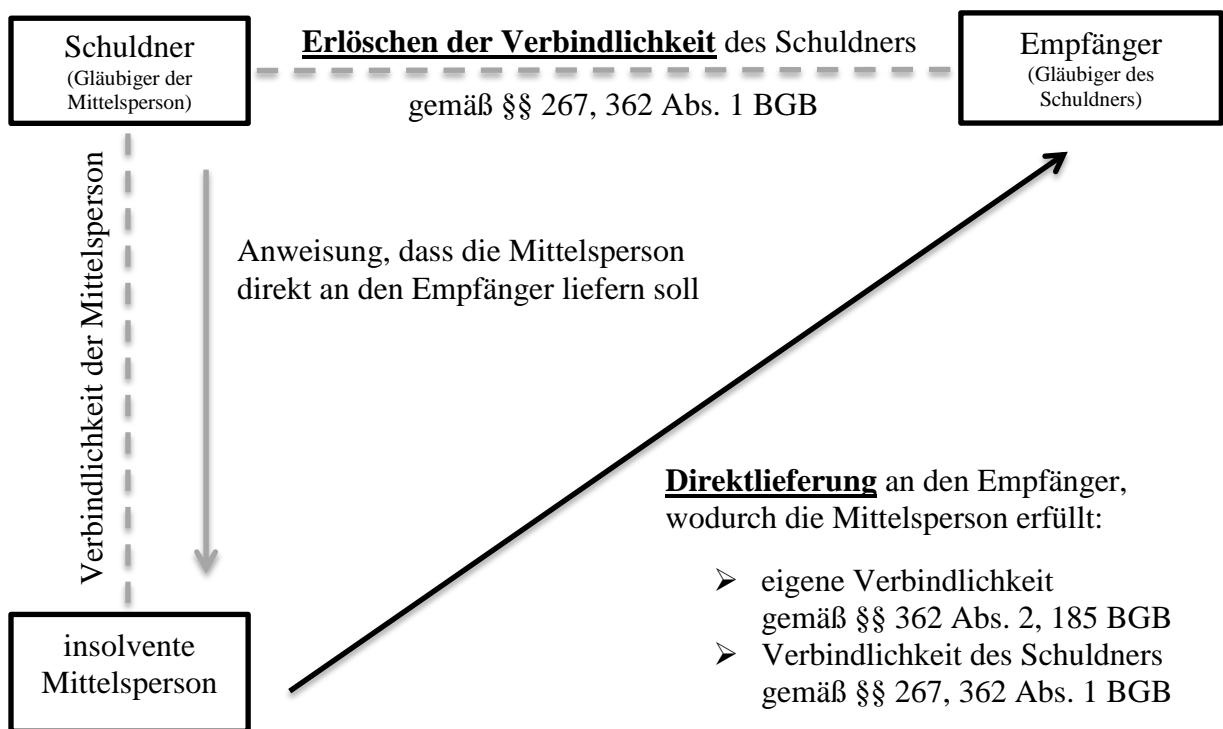
Dabei kommen auch aus der Sicht der Mittelsperson typischerweise zwei Vermögensbegünstigungen in Betracht, die ihrer Handlung zugerechnet werden könnten. Denn einerseits mindert die Mittelsperson ihr Vermögen unmittelbar zugunsten des Empfängers. Andererseits geht insbesondere in den klassischen Anweisungsfällen mit dieser Vermögensverschiebung regelmäßig allerdings auch eine parallele Begünstigung des Schuldners einher, weil dieser von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Empfänger gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB befreit wird.

---

<sup>880</sup> Vgl. *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 203.

<sup>881</sup> Vgl. nur BGH, NJW 2008, 655 Rn. 19; MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 49. So auch schon *Jaeger*, Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses (1. Aufl. 1905), § 1 Anm. 40.

Illustration:



In einer solchen Konstellation stellt aus der Sicht der Mittelsperson das Erlöschen der Verbindlichkeit des Schuldners eine nur mittelbare Drittbegünstigung dar, die über das Vermögen des Empfängers gemittelt wird. Denn das Erlöschen der Verbindlichkeit geht unmittelbar nur zulasten des Empfängers, weil dieser seinen Anspruch gegen den Schuldner verliert. Soll trotz dieser Mittelbarkeit die Drittbegünstigung der Handlung der Mittelsperson noch zugerechnet werden können, ist entsprechend der Kriterien einer mittelbaren Zuwendung also zu fordern, dass die Begünstigung des Schuldners auf einem »vorgefassten Plan« der Mittelsperson basierte. Eben dies ist aber in aller Regel nicht der Fall.

#### (aaa) Subjektive Zufälligkeit einer Drittbegünstigung des Schuldners

Aus der Sicht der Mittelsperson ist die mittelbare Begünstigung des Schuldners weder zwingend, noch hat sie für die Mittelsperson überhaupt eine subjektive Relevanz. Denn ob zwischen dem Schuldner und dem Empfänger eine Verbindlichkeit erfüllt wird, ist für die Mittelsperson nicht der entscheidende Beweggrund zur Leistung an den Empfänger, selbst wenn sie dabei einen entsprechenden Fremdtilgungswillen besitzen sollte.<sup>882</sup> Vielmehr ist es für den Entschluss der Mittelsperson zur Leistungserbringung an den Empfänger belanglos, ob daneben auch gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB eine fremde Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Empfänger erfüllt wird. Insbesondere ist es denkbar, dass eine solch fremde Verpflichtung des Schuldners gar nicht erst besteht, respektive die Mittelsperson von einer solchen gar keine Kenntnis hat. Für die Mittelsperson würde dieses Fehlen einer Schuldbefreiung des Schuldners jedoch nichts ändern. Denn schon allein aufgrund der Anweisung würde sie an den Empfänger leisten, nämlich um sich damit gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB von ihrer *eigenen* Verpflichtung zu befreien.

Ist dies aber richtig, kann nicht gesagt werden, dass die Mittelsperson mit der unmittelbaren Vermögensverschiebung an den Empfänger den »vorgefassten Plan« verfolgte, mittelbar den

<sup>882</sup> Ein Fremdtilgungswille des Leistenden ist im Rahmen des § 267 BGB nach herrschender Meinung erforderlich, siehe nur Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 267 Rn. 3; MüKo/*Krämer*, BGB, § 267 Rn. 11.

Schuldner von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Fehlt es vielmehr an einem solchen Plan zur Begünstigung des Schuldners, ist in der Folge jedoch ebenso nicht begründbar, dass die unmittelbare Vermögensverschiebung an den Empfänger bereits das Risiko enthielt, dass das Mittelvermögen gerade zugunsten einer Begünstigung des Schuldners belastet wird. Damit konnte sich in letzterer ein solches Risiko allerdings auch nicht realisieren. Wenn es insofern an einem Risikozusammenhang also mangelt, hat die Mittelsperson gegenüber dem Schuldner – vorbehaltlich weiterer Risiken – aber ebenso keine anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen, so dass eine Anfechtung gegen den Schuldner zumindest im Ausgangspunkt ausscheiden muss.

Dieses Ergebnis mag bei einem Vergleich mit dem bereicherungsrechtlichen Dreipersonenverhältnis *prima facie* verwundern, weil im Bereicherungsrecht mit dem scheinbar selben Argument, nämlich dass sich die Mittelsperson mit ihrer Leistungserbringung nur von ihrer eigenen Verbindlichkeit gegen den Schuldner befreien wollte, eine genau umgekehrte Lösung hergeleitet wird, so dass man im Bereicherungsrecht grundsätzlich davon ausgehen würde, dass eine Leistung der Mittelsperson gerade gegenüber dem Schuldner vorliegt.<sup>883</sup> Allerdings ist dies nur auf den ersten Blick ein Widerspruch. Denn während es beim bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff darum geht, *worauf* geleistet wird, das heißt welches Kausalverhältnis durch die Leistung erfüllt werden soll,<sup>884</sup> ist für den Begriff der anfechtungsrechtlichen Rechtshandlung wiederum ausschlaggebend, *wohin* geleistet wird, das heißt welches Drittvermögen durch die vermögensbelastende Handlung begünstigt werden soll.<sup>885</sup> Das Bestehen oder Nichtbestehen eines Kausalverhältnisses ist hingegen für die Begründung einer Rechtshandlung prinzipiell irrelevant.<sup>886</sup> Weil vielmehr der Risikozusammenhang zwischen der Vermögensbelastung und der Drittbegünstigung maßgeblich ist, kommt es stattdessen allein auf das gewollte Ziel der Vermögensverschiebung an, also darauf, in welches Drittvermögen die Vermögensverschiebung nach dem Willen des Handelnden münden soll.

Insofern muss es in der vorliegenden Konstellation anfechtungsrechtlich jedoch zu einer Abweichung von den Kausalverhältnissen kommen, weil der Empfänger der Vermögensverschiebung aus der Sicht der Mittelsperson nicht identisch ist mit dem Gläubiger ihrer eigenen Verbindlichkeit. Vielmehr bewirkt gerade die Anweisung ihres Gläubigers, dass die Mittelsperson gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB an einen Dritten leisten soll, dass das Ziel der Vermögensverschiebung eben die Begünstigung des Dritten ist und nicht jene ihres eigenen Gläubigers. Ob und inwieweit der Gläubiger aus dieser Drittbegünstigung mittelbar wiederum Vorteile zieht, ist hingegen für die Mittelsperson nicht mehr entscheidend, weil sie mit der Leistung an den Dritten letztlich nur ihre eigene Verpflichtung gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB erfüllen will.<sup>887</sup>

### **(bbb) Zweipersonenverhältnis als Ausgangspunkt**

Wenn deshalb für die leistende Mittelsperson einer mittelbaren Zuwendung die parallele Begünstigung des Schuldners allenfalls ein untergeordneter Beweggrund ist, nimmt die Mittelsperson ihrerseits jedoch *keine* mittelbare Zuwendung vor.<sup>888</sup> Stattdessen handelt es sich nach

---

<sup>883</sup> Siehe nur Palandt/*Sprau*, BGB, § 812 Rn. 57.

<sup>884</sup> Vgl. Palandt/*Sprau*, BGB, § 812 Rn. 14; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 69.

<sup>885</sup> Dies verkennt *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 106, wenn sie meint, dass die Zuordnungskriterien der anfechtungsrechtlichen mittelbaren Zuwendung denen des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs entsprechen.

<sup>886</sup> *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 71. Vgl. zudem bereits am Anfang unter A.II, Seite 6.

<sup>887</sup> Vgl. insofern auch BGH, NJW 2014, 1963 Rn. 26; MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 72, die sich freilich auf die Konstellation beziehen, in der die eigene Verpflichtung des Leistenden gegenüber dem Dritten besteht.

<sup>888</sup> Dies erkennt aber auch *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 107, die insofern zu Recht darauf hinweist, dass in der Insolvenz des angewiesenen Dritten die Grundsätze der mittelbaren Zuwendung nicht die Wertbewegung im Deckungsverhältnis betreffen.

hier vertretener Auffassung aus der Sicht der Mittelsperson im Ausgangspunkt nicht um ein Drei-, sondern nur um ein Zweipersonenverhältnis. Das Risiko der Belastung des Mittelsvermögens realisiert sich demnach grundsätzlich allein in dem Vermögen, welches *unmittelbar* begünstigt wurde, das heißt in jenem des Empfängers. Gegen diesen besteht in der Insolvenz der Mittelsperson folglich ein vorrangiges Anfechtungsverhältnis, so dass sich der Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens anfechtungsrechtlich nicht etwa an den anweisenden Schuldner halten muss, sondern eine »Direktanfechtung« gegen den Empfänger zumindest im Ausgangspunkt unproblematisch möglich ist.<sup>889</sup>

Insbesondere ist ein solches Verständnis im Ergebnis auch sachgerecht. Denn anders als der Empfänger wäre der Schuldner zur Rückgewähr des vom Mittelsvermögen verschobenen Gegenstandes tatsächlich schon gar nicht in der Lage, da der Zuwendungsgegenstand allein in das Empfangsvermögen gelangt ist. Müsste sich der Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens allein aufgrund des Kausalverhältnisses gleichwohl vorrangig an den Schuldner halten, bestünde gegen diesen grundsätzlich nur ein Wertersatzanspruch, welcher jedoch in der gleichzeitigen Insolvenz des Schuldnervermögens keine Aussonderungskraft besitzen würde.<sup>890</sup>

Stattdessen kann der Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens anfechtungsrechtlich direkt gegenüber dem Empfänger vorgehen. Dagegen wird zwar regelmäßig die Gefahr einer Doppelbelastung des Empfängers angeführt, welche bestehen kann, wenn auch der Insolvenzverwalter des Schuldnervermögens gegen den Empfänger vorgehen will.<sup>891</sup> Wie im Grundsatz schon dargelegt wurde und im Näheren noch auszuführen sein wird, besteht diese Gefahr jedoch im Ergebnis nicht, weil eine solche Konkurrenz von Anfechtungsansprüchen nach dem hier vertretenen Ansatz entsprechend der haftungsrechtlichen Zuordnung zu lösen wäre.<sup>892</sup>

Eine andere Frage ist es freilich, ob zugunsten des Insolvenzverwalters des Mittelsvermögens gegenüber dem Empfänger auch die Voraussetzungen eines Tatbestandes erfüllt sind. Die favorisierte Lösung des BGH, den Empfänger bei einer gleichzeitigen Insolvenzreife des Schuldnervermögens einer Anfechtung gemäß § 134 InsO zu unterwerfen, kann wie gesehen bereits deshalb nicht überzeugen, weil der Verlust einer Insolvenzforderung nach richtiger Ansicht noch keine Unentgeltlichkeit begründet.<sup>893</sup> Sie hilft aber vor allem dann nicht weiter, wenn das Schuldnervermögen gar nicht insolvenzreif ist. Muss man deshalb andere Tatbestände wie die §§ 132, 133 InsO heranziehen, können diese nach richtiger Ansicht zwar nicht durch einen vermeintlichen Vorrang der Deckungsanfechtung des Schuldnervermögens ausgeschlossen werden.<sup>894</sup> Vielmehr ist zugunsten des Insolvenzverwalters des Mittelsvermögens insbesondere auch § 132 InsO als einschlägiger Tatbestand prinzipiell denkbar.<sup>895</sup> Wie als nächstes zu zeigen sein wird, liegen allerdings in der Insolvenz der Mittelsperson die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes – auch die des § 132 InsO – gegen den Empfänger im Ergebnis regelmäßig nicht vor, so dass eine Direktanfechtung gegen den Empfänger oftmals doch noch scheitern kann.<sup>896</sup>

<sup>889</sup> Anders aber die ganz herrschende Meinung, welche in der Insolvenz der Mittelsperson eine vorrangige Anfechtung im Deckungsverhältnis zum Schuldner annehmen will. Siehe bereits unter B.IV.2)e)cc)(1), Seite 116.

<sup>890</sup> Vgl. zur fehlenden Aussonderungskraft bereits unter C.I.4)b)aa), Seite 164.

<sup>891</sup> Vgl. nur BGH, NJW-RR 2004, 983, 984. Siehe dazu bereits unter B.IV.2)e)cc)(3), Seite 117 f.

<sup>892</sup> Siehe grundsätzlich bereits unter C.I.4)c)cc), Seite 168 ff. und im Näheren noch unter C.II.1)a)dd)(2)(c), ab Seite 201 ff.

<sup>893</sup> Siehe zur Kritik bereits eingehend unter B.IV.2)b)dd)(2), Seite 100 ff.

<sup>894</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)e)cc)(1), Seite 116.

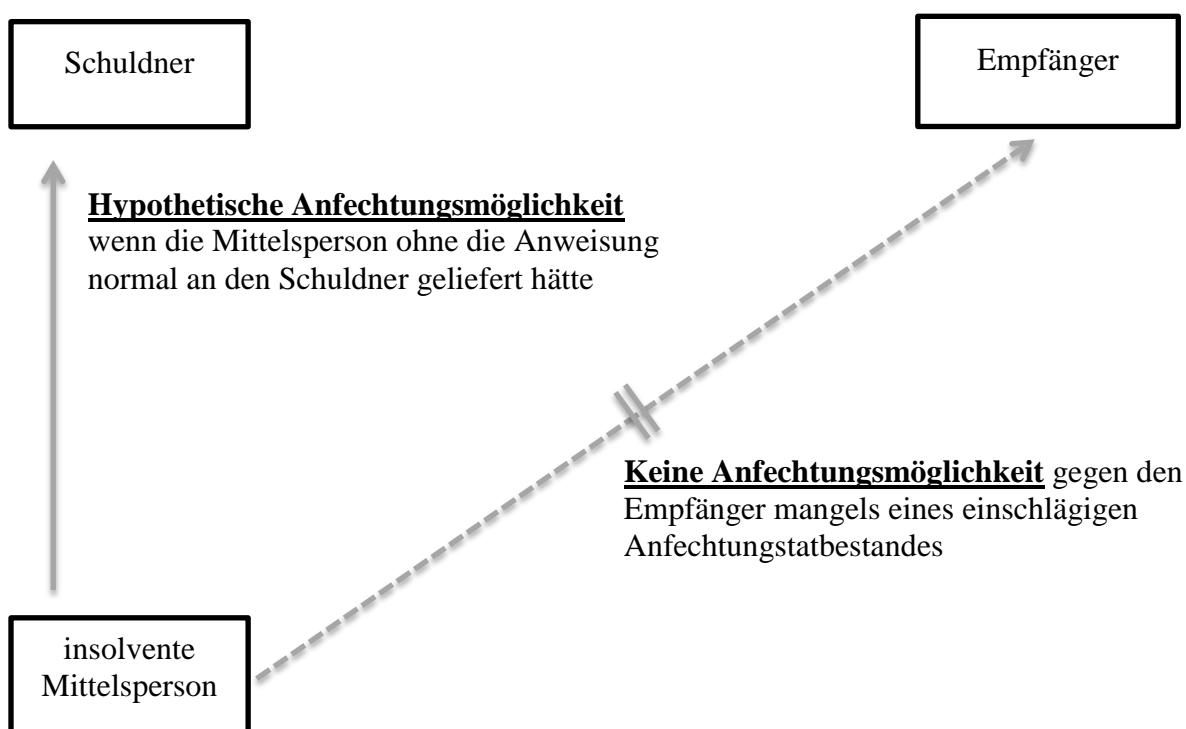
<sup>895</sup> Insbesondere ist § 132 InsO nach hier vertretener Auffassung auf Erfüllungsgeschäfte anwendbar. Siehe dazu noch unter C.II.1)b)aa)(2)(a), Seite 216.

<sup>896</sup> Insofern auch *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 171.

**(bb) Anweisungsspezifische Ausfallhaftung des drittbegünstigten Schuldners**

Der Empfänger ist in der Insolvenz der Mittelsperson im Vertrauen auf den Bestand seines Erwerbs nicht selten schutzwürdig, weil die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestands gegen ihn nicht erfüllt sind. Zwar handelt es sich insofern zunächst nur um ein allgemeines anfechtungsrechtliches Ausfallrisiko. War allerdings die Mittelsperson eigentlich zur Leistung an den Schuldner verpflichtet, kann hier der Umstand, dass die Mittelsperson wegen der Anweisung gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB tatsächlich jedoch an den Empfänger geleistet hat, eine eigenständige Bedeutung erlangen. Denn soweit gegenüber dem Schuldner die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes noch erfüllt gewesen wären, so dass eine Leistung an den Schuldner eigentlich anfechtbar gewesen wäre, würde ohne die Anweisung zur abweichenden Leistung an den Empfänger ein anfechtungsrechtlicher Ausfall in der Insolvenz der Mittelsperson nicht bestehen.

*Illustration:*



**(aaa) Realisierung eines anweisungsspezifischen Risikos**

In diesem Sinne begründet die Anweisung zur abweichenden Leistung an den Empfänger für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger im Prinzip also dasselbe Risiko, das im Falle einer mittelbaren Zuwendung durch die Einschaltung einer Mittelsperson hervorgerufen wird. Denn in beiden Fällen kann gerade aufgrund dieses spezifischen Umstandes den Gläubigern ein Anfechtungsanspruch verloren gehen. Entsprechend des mittelbarkeitsspezifischen Risikos handelt es sich insofern also um ein *anweisungsspezifisches* Risiko. Dabei besteht für das anweisungsspezifische Risiko jedoch die Besonderheit, dass der Verlust des hypothetisch bestehenden Anfechtungsanspruchs zugleich auch die Begünstigung des Anfechtungsgegners darstellt. Denn ist der Schuldner nur deshalb keiner anfechtungsrechtlichen Rückgewähr ausgesetzt, weil die Mittelsperson statt an ihn gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB an den Empfänger geliefert hat, ist der Schuldner in Form der Befreiung vom Anfechtungsanspruch zugleich begünstigt. Weil die anweisungsgemäße Lieferung an den Empfänger jedoch wie dargelegt gerade das Risiko beinhaltet, dass hierdurch ein Anfechtungsanspruch für die Gläubiger der Mittelsperson verloren geht, realisiert sich dieses Risiko wiederum in der Begünstigung des Schuldners, wenn der Empfänger tatsächlich anfechtungsfest erworben hat.

Im Ergebnis kann den Schuldner deshalb nach hier vertretener Auffassung eine subsidiäre, *anweisungsspezifische Ausfallhaftung* treffen. Eine solche Ausfallhaftung ist insbesondere auch sachgerecht. Denn anderenfalls könnte sich der Schuldner – über den Umweg der Anweisung zur Leistung an einen schutzwürdigen Empfänger – einer Anfechtung stets entziehen, während er sich den Gegenwert der Leistung über eine parallel stattfindende Schuldbefreiung gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB trotzdem noch einverleiben könnte. Setzt der Schuldner für die Vermögensverschiebung einen schutzwürdigen Empfänger ein, muss er vielmehr für die daraus resultierenden Nachteile des Mittelsvermögens anfechtungsrechtlich haften.

Dabei besteht eine Schutzwürdigkeit des Empfängers wie erwähnt immer dann, wenn gegen diesen die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes nicht erfüllt sind. Entsprechend der Parallelwertung der Tatbestände kommen insofern zwei Gründe in Betracht: Einerseits könnte der Empfänger hinsichtlich der Benachteiligung der Gläubiger des Mittelsvermögens gutgläubig gewesen sein. Andererseits könnte ihm jedoch auch die Verweigerung der Annahme seines Erwerbs nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen sein, so dass ihn das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines Annahmeverschuldens nicht trifft.

### **(bbb) Gutgläubigkeit des Empfängers**

Insbesondere das Risiko einer Gutgläubigkeit des Empfängers ist in den klassischen Anweisungsfällen deutlich erhöht. Denn besteht hier aus der Sicht des Empfängers auf die von der Mittelsperson erbrachte Leistung eine Forderung gegen den Schuldner, kann der Empfänger ohne weitere Anhaltspunkte zunächst davon ausgehen, dass die Leistung nicht durch einen Dritten gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB erbracht wird, sondern unmittelbar aus dem Schuldnervermögen erfolgt. Insofern kann sich die Einschaltung der Mittelsperson für den Empfänger auch als die Entsendung eines bloßen Boten oder Besitzdieners darstellen. Ist deshalb nach den Umständen für den Empfänger nicht erkennbar, dass dies tatsächlich nicht der Fall ist, weil die Mittelsperson in Wahrheit aus ihrem eigenen Vermögen leistet, kann deshalb der Empfänger von vornherein nicht wissen, dass die Leistung die Gläubiger des Mittelsvermögens benachteiligt.

Aber selbst wenn klar sein sollte, dass die Mittelsperson die Leistung aus ihrem eigenen Vermögen erbringt, wird es dem Empfänger in der Regel nur schwerlich möglich sein, zu beurteilen, ob diese Leistung die Gläubiger des Mittelsvermögens benachteiligt. Denn dazu ist in erster Linie eine Kenntnis über die Vermögensverhältnisse der Mittelsperson erforderlich. Eine solche wird jedoch oftmals nicht bestehen, da die Mittelsperson nicht der schuldrechtliche Anspruchsgegner des Empfängers ist und eben deshalb für den Empfänger regelmäßig kein Anlass bestanden haben wird, sich mit der Zahlungsfähigkeit der Mittelsperson auseinanderzusetzen. Denn die Forderung des Empfängers besteht nicht gegen die Mittelsperson, sondern gegen den Schuldner, weshalb ihn grundsätzlich allein dessen Vermögensverhältnisse interessieren.<sup>897</sup> Der Empfänger wird hinsichtlich der Benachteiligung der Gläubiger des Mittelsvermögens demnach oftmals gutgläubig sein, während der vom BGH befürwortete Rückgriff auf eine objektivierte Schenkungsanfechtung nach hier vertretener Auffassung wie gesehen ausgeschlossen sein muss.<sup>898</sup>

Muss daher in diesen Fällen eine Anfechtbarkeit gegenüber dem Empfänger scheitern, kommt stattdessen aber eine anweisungsspezifische Ausfallhaftung des Schuldners in Betracht. Weil der Schuldner der Gläubiger der Mittelsperson ist, entspricht dies im Ergebnis wiederum einer

<sup>897</sup> Vgl. insofern auch *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 171, die zu Recht darauf hinweist, dass der Nachweis der Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Mittelsperson gegen den Empfänger nur »schwerlich zu erbringen« sein wird. Diese Kenntnis ist jedoch für eine Anfechtung nach § 132 InsO erforderlich.

<sup>898</sup> Siehe zur Kritik bereits eingehend unter B.IV.2)b)dd)(2), Seite 100 ff.



Rückabwicklung entlang der Kausalverhältnisse, so dass im rechtspraktischen Regelfall – insofern wie in der Insolvenz des Schuldners – eine Parallele zum Bereicherungsrecht erreicht wird. Aber auch in der Insolvenz der Mittelsperson darf diese Parallele nicht verallgemeinert werden, denn die Anfechtungsmöglichkeit gegen den Schuldner beruht wie gesehen auf gänzlich anderen Erwägungen. Insbesondere ist sie unter dogmatischen Gesichtspunkten lediglich *subsidiär* zur Haftung des Empfängers.

**(ccc) Unzumutbarkeit der Annahmeverweigerung für Empfänger**

Die Haftung des Empfängers kann in Ausnahmefällen schließlich auch daran scheitern, dass diesem aufgrund eines Konflikts mit der zivilrechtlichen Rechtslage keine zumutbare Möglichkeit zur Annahmeverweigerung zustand, so dass ihn ein Annahmeverschulden nicht trifft. Denn insoweit handelt es sich wie dargelegt um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.<sup>899</sup> Dabei hängt bei Leistungen Dritter das Annahmeverweigerungsrecht des Empfängers gemäß § 267 Abs. 2 BGB zunächst davon ab, dass der Schuldner der Leistung widerspricht,<sup>900</sup> so dass ohne einen solchen Widerspruch der Empfänger durch eine Annahmeverweigerung in Annahmeverzug geraten kann.<sup>901</sup> Wenn deshalb jedoch überwiegend vertreten wird, dass aufgrund des Widerspruchsvorbehalts des § 267 Abs. 2 BGB und der damit verbundenen Gefahr des Annahmeverzugs dem bösgläubigen Empfänger die Verweigerung der Annahme nicht möglich oder unzumutbar gewesen ist,<sup>902</sup> kann dies nach hier vertretener Auffassung in dieser Pauschalität nicht überzeugen.

Denn gemäß § 297 BGB kommt ein Gläubiger nicht in den Verzug der Annahme, wenn der Schuldner »außerstande« ist, die Leistung zu bewirken. Zumindest in einer analogen Anwendung des § 297 BGB liegt ein solches Unvermögen nach hier vertretener Auffassung allerdings vor, wenn der Leistende zahlungsunfähig ist.<sup>903</sup> Dies muss genauso gelten, wenn statt des Schuldners gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB die Mittelsperson leistet, denn gegenüber dieser stehen dem Empfänger alle Einwendungen zu, welche ihm auch gegenüber dem Schuldner zustünden.<sup>904</sup> Deshalb hat dem Empfänger aufgrund eines Unvermögens der Mittelsperson gemäß § 297 BGB die zumutbare Möglichkeit zur Annahmeverweigerung zumindest dann offen gestanden, wenn er wusste, dass die Mittelsperson zahlungsunfähig gewesen ist und ihre Gläubiger deshalb benachteiligt werden. Dadurch wird letztlich auch der präventiven Funktion des Anfechtungsrechts hinreichend Rechnung getragen.

**(cc) Zwischenfazit**

Bis hierhin kann für mittelbare Zuwendungen in der Insolvenz der Mittelsperson festgehalten werden, dass eine vorrangige Anfechtungsmöglichkeit bei einem konsequenten Abstellen auf den verwirklichten Risikozusammenhang nicht etwa gegen den Schuldner, sondern gegenüber dem Empfänger besteht. Insofern stellt aufgrund der vom Schuldner erteilten Anweisung zur Leistung an den Empfänger, dessen Begünstigung auch für die Mittelsperson das gewollte Ziel der Vermögensverschiebung dar, während hingegen eine zwischen Schuldner und Empfänger parallel eintretende Schuldbefreiung des Schuldners aus der Sicht der Mittelsperson grundsätzlich ohne Bedeutung ist. Vielmehr realisiert sich aufgrund des Umstandes, dass die Mittelsperson statt an den Schuldner an den Empfänger leistet, für die Befriedigungsmöglich-

---

<sup>899</sup> Siehe dazu bereits umrisshaft unter C.I.1)b), ab Seite 138 ff., sowie unter C.I.3)c)bb), Seite 158 f. und ausführlich noch unter C.II.3)a)cc)(2)(a), ab Seite 264 ff.

<sup>900</sup> Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 267 Rn. 5.

<sup>901</sup> Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 267 Rn. 6.

<sup>902</sup> In diesem Sinne BGH, NJW-RR 2008, 1628 Rn. 13; *Burchard*, Dreieck, S. 116 f.; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 886. Vgl. auch *Thole*, Gläubigerschutz, S. 462 f. Andere Ansicht hingegen *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 85 f.

<sup>903</sup> Siehe dazu im Näheren noch unter C.II.3)a)cc)(2)(c)(aa)(aaa), Seite 267.

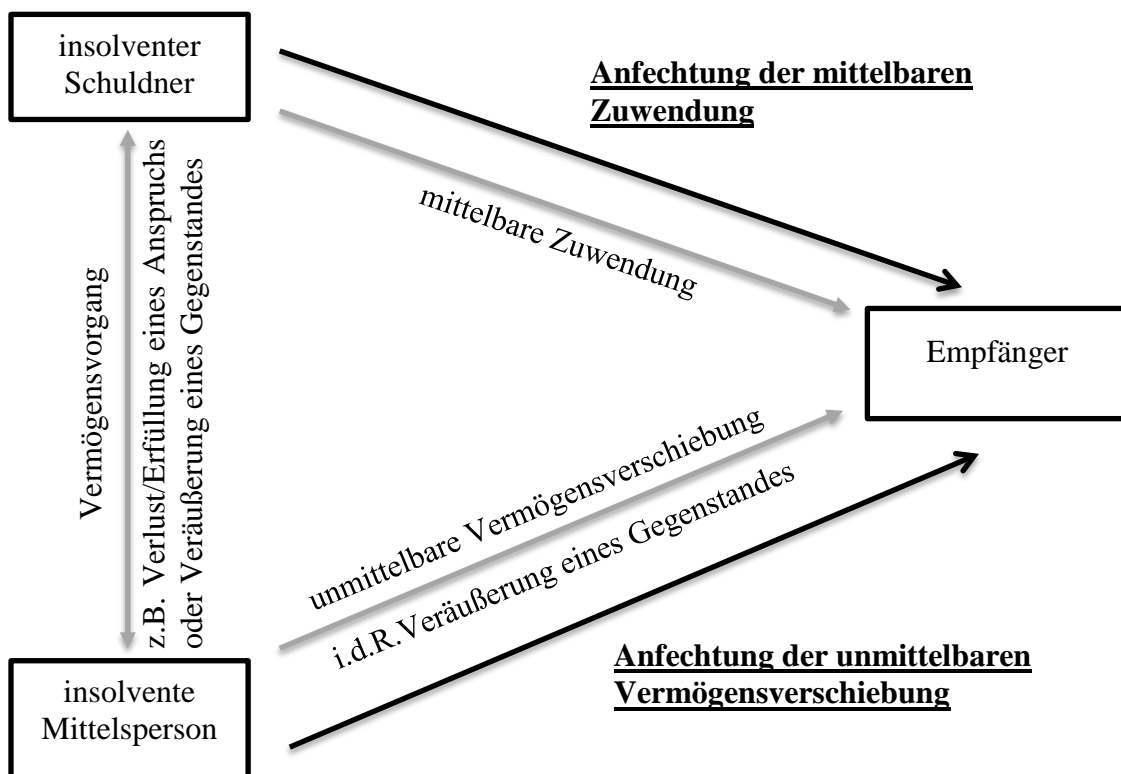
<sup>904</sup> Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 267 Rn. 4.

keiten der Gläubiger erst dann ein eigenständiges Risiko, wenn dem Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens durch die Leistung an den Empfänger eine Direktanfechtung abgeschnitten wurde, weil im Gegensatz zum Schuldner der Empfänger anfechtungsrechtlich schutzwürdig ist. In diesem Falle wurde eine anfechtbare Rechtshandlung auch gegenüber dem Schuldner vorgenommen, so dass diesen eine anweisungsspezifische Ausfallhaftung treffen kann. Wenn dabei eine Direktanfechtung gegen den Empfänger in der Insolvenz der Mittelsperson aus Verkehrsschutzgründen tatsächlich oftmals scheitern wird, so dass nicht selten doch wieder entsprechend des Kausalverhältnisses eine Anfechtung gegen den Schuldner stattfindet, ist die dadurch bewirkte Parallele zum Bereicherungsrecht allerdings unter dogmatischen Gesichtspunkten lediglich subsidiär.

(c) **Anfechtungsmöglichkeiten in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson**

Jeder Lösungsansatz für die Anfechtungsmöglichkeiten bei mittelbaren Zuwendungen erfährt seinen Lackmустest in der Konstellation der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson. Denn in diesem Falle treten zwei Insolvenzverwalter auf den Plan, denen jeweils eigenständige Anfechtungsansprüche zustehen können, welche wiederum miteinander konkurrieren, wenn beide Insolvenzverwalter den Empfänger in Anspruch nehmen wollen.

*Illustration:*



Wie schon erwähnt wurde, entspricht es gerade im Dreipersonenverhältnis einer optimalen Lösung, wenn die Haftungsmassen nach der Durchführung aller Anfechtungsmöglichkeiten wieder in genau denjenigen Zustand zurückversetzt werden, in dem sie sich schon vor der mittelbaren Zuwendung befanden.<sup>905</sup> Denn nur so lässt sich gewährleisten, dass die Insolvenzkrisen unter den beteiligten Haftungsmassen aufgrund der mittelbaren Zuwendung nicht verschoben werden, so dass die Gläubiger durch die Anfechtung keine Vorteile erhalten, welche

<sup>905</sup> Vgl. bereits unter C.I.4)b)bb), Seite 165.

sie ohne die anfechtbare Handlung nicht erlangt hätten. Folgend wird zu zeigen sein, dass sich ein solches Ergebnis durch die Integrierung der haftungsrechtlichen Dogmatik in den Begriff der Rechtshandlung auf der Grundlage der bisher erörterten Anfechtungsmöglichkeiten auf systematischem Wege herleiten lässt.

Insofern können sich Abweichungen von der haftungsrechtlichen Ausgangssituation bis zu einem bestimmten Grad nur noch aus Verkehrsschutzgründen ergeben. Greifen solche einschränkenden Erwägungen hingegen nicht durch, weil alle Beteiligten eigenverantwortlich an der Vermögensverschiebung mitwirkten und dabei über deren Nachteiligkeit im Bilde waren, lässt sich der haftungsrechtliche Sollzustand auch in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson mit der hier vertretenen Konzeption unproblematisch wiederherstellen. Dabei ist eingangs freilich zwischen den beiden Grundkonstellationen der mittelbaren Zuwendung zu unterscheiden, das heißt danach, ob es sich um einen klassischen Anweisungsfall oder um eine mittelbare Zuwendung über zwei getrennte Geschäfte handelt. Denn abhängig von diesen Grundkonstellationen befanden sich das Schuldner- und das Mittelsvermögen vor der mittelbaren Zuwendung haftungsrechtlich in unterschiedlichen Ausgangslagen.

**(aa) Mittelbare Zuwendung als klassischer Anweisungsfall**

Stellt sich die mittelbare Zuwendung als einen klassischen Anweisungsfall dar, war der verschobene Vermögenswert vor der mittelbaren Zuwendung gegenständlich im Vermögen der Mittelsperson, während der Schuldner auf den Zuwendungsgegenstand lediglich einen schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch besaß.

*Illustration:*



Kommen nun in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson jeweils Anfechtungsansprüche in Betracht, sollte daher im Idealfall das Mittelsvermögen den Zuwendungsgegenstand zurückerhalten, während dem Schuldnervermögen der verlorene Verschaffungsanspruch wieder eingeräumt werden müsste. Die vollständige Verwirklichung eines solchen Ergebnisses hängt allerdings davon ab, ob die Anfechtungsansprüche der Insolvenzverwalter von Schuldner- und Mittelsvermögen miteinander konkurrieren, oder ob sie aus Verkehrsschutzgründen auf unterschiedliche Anfechtungsgegner gerichtet sind.

**(aaa) Vorrang des Mittelsvermögens bei Anspruchskonkurrenz**

Sowohl in der Einzelinsolvenz des Schuldners, als auch in jener der Mittelsperson, wurde soeben aufgezeigt, dass nach der hier vertretenen Konzeption der vorrangige Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger besteht, so dass die Konkurrenz von Anfechtungsansprüchen gegen den Empfänger in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson zumindest rechtsdogmatisch den Regelfall darstellt. Hinsichtlich der Rückgewähr des Zuwendungsgegenstandes lässt sich in dieser Konstellation ohne weitere Umwege herleiten, dass der Gegenstand vom Empfänger direkt an den Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens zurückzugeben ist. Denn es wurde bereits dargelegt, dass der verschobene Vermögenswert bei einer Anspruchskonkurrenz haftungsrechtlich allein den Gläubigern des Mittelsvermögens als gegenständliches Abstammungsvermögen zugeordnet ist, weil dem insoweit rein schuldrechtlichen Verschaffungsanspruch des Schuldners eine haftungsrechtliche Qualität nicht zukommt.<sup>906</sup> Weil das Schuldnervermögen um den verschobenen Vermögenswert deshalb schon nicht in anfechtungsrechtlich relevanter Weise belastet wurde und es somit auch an einer anfechtbaren

<sup>906</sup> Siehe bereits unter C.I.4)c)dd), Seite 169 f.

Rechtshandlung fehlt, gebührt auf der Kehrseite vielmehr den Gläubigern des Mittelsvermögens der Vorrang.<sup>907</sup>

Gewährt der Empfänger folglich den konkreten Zuwendungsgegenstand an den Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens zurück, lebt nach der insoweit zutreffenden herrschenden Meinung gemäß § 144 Abs. 1 InsO eine durch die mittelbare Zuwendung gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB befriedigte Forderung des Empfängers wieder auf.<sup>908</sup> In einer analogen Anwendung des § 144 Abs. 1 InsO muss Gleiches jedoch auch für den gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB verloren gegangenen Verschaffungsanspruch des Schuldners gelten.<sup>909</sup> Denn es wurde bereits erläutert, dass § 144 InsO gemäß seinem Rechtsgedanken verhindern soll, dass nach der Rückgewähr der anfechtbaren Leistung die Haftungsmasse noch um einen Vorteil bereichert ist, den sie ohne die Rechtshandlung nicht erlangt hätte.<sup>910</sup> Eben ein solcher Vorteil würde im Mittelsvermögen allerdings bestehen, wenn es vom Verschaffungsanspruch des Schuldners weiterhin befreit wäre, obwohl der zur Erfüllung dieses Anspruchs aufgewendete Gegenstand wieder zurückgewährt wurde.

Im Ergebnis erfolgt daher in der Situation der Anspruchskonkurrenz die anfechtungsrechtliche Rückgewähr spiegelbildlich zum Zuwendungsvorgang. Das heißt, genauso wie die Mittelperson durch die Leistung an den Empfänger sowohl gemäß §§ 267, 362 Abs. 1 BGB die fremde Verbindlichkeit des Schuldners gegenüber dem Empfänger, als auch gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB ihre eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner erfüllt hat, leben diese beiden Forderungen gemäß § 144 Abs. 1 InsO mit der Rückgewähr der erbrachten Leistung in das Mittelsvermögen wieder auf. Eine weitere Anfechtung zugunsten der Gläubiger des Schuldnervermögens ist weder möglich noch erforderlich, denn dieses befindet sich damit bereits wieder in derselben Lage, welche schon vor der mittelbaren Zuwendung bestand.

Bei einer zeitversetzten Insolvenz von Schuldner und Mittelperson bestehen insofern keine Abweichungen, wenn die Mittelperson zuerst insolvent wird. Denn dann wird der Vorrang des Mittelsvermögens und die damit verbundene Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage ohne weiteres gewährleistet. Fällt die Mittelperson hingegen erst nach dem Schuldner in die Insolvenz, sind weitere Erwägungen erforderlich, weil es vor der Insolvenz der Mittelperson noch an einer Konkurrenzsituation fehlte, in der dem Anfechtungsanspruch des Verwalters des Mittelsvermögens der Vorrang einzuräumen wäre. In der Konsequenz muss vor der Insolvenz der Mittelperson eine Anfechtung zugunsten der Gläubiger des Schuldnervermögens gegenüber dem Empfänger also noch möglich sein.<sup>911</sup> Dabei ist dieser Anfechtungsanspruch des Insolvenzverwalters des Schuldnervermögens inhaltlich jedoch wie schon dargelegt nicht auf den konkreten Zuwendungsgegenstand gerichtet, sondern nur ein bloßer Wertersatzanspruch.<sup>912</sup>

<sup>907</sup> So im Ergebnis auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 381.

<sup>908</sup> *HambKomm/Rogge*, InsO, § 144 Rn. 9; *Kübler/Prütting/Bork/Jacoby*, InsO, § 144 Rn. 144 Rn. 9 f.; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 144 Rn. 4; *Zeuner*, Anfechtung, Rn. 341; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 887; *Wilk*, NZI 2008, 407, 410. Andere Ansicht hingegen *Burchard*, Dreieck, S. 177 f.; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 233, die § 144 Abs. 1 InsO zumindest dann ausschließen wollen, wenn die Schuldbefreiung für den Schuldner unanfechtbar gewesen ist. Diese Auffassung ist allerdings abzulehnen. Denn nach ihr wäre der Empfänger einerseits doppelt belastet, weil er sowohl seine Forderung gegen den Schuldner, als auch den Zuwendungsgegenstand verlieren würde, während dieses Ergebnis andererseits wiederum von dem für den Empfänger zufälligen Umstand abhängig wäre, ob zwischen der Mittelperson und dem Schuldner einer Anfechtung möglich ist.

<sup>909</sup> *MüKo/Kirchhof*, InsO, § 144 Rn. 7a; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 225 f. Vgl. auch *Wazlawik*, aaO.

<sup>910</sup> Siehe bereits unter C.I.1)c), Seite 145.

<sup>911</sup> Vgl. bereits unter C.I.4)c)bb), Seite 167 f.

<sup>912</sup> Siehe bereits unter C.I.4)b)aa), Seite 164.

Erfüllt der Empfänger diesen Wertersatzanspruch und fällt danach auch die Mittelsperson in die Insolvenz, wird teilweise vertreten, dass der Insolvenzverwalter des Schuldnervermögens unberechtigterweise bereits den Anfechtungsanspruch des Verwalters des Mittelvermögens geltend gemacht habe, so dass der vom Empfänger geleistete Wertersatz an letzteren herauszugeben sei.<sup>913</sup> Dies kann nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht überzeugen, denn der Anfechtungsanspruch des Insolvenzverwalters des Mittelvermögens ist von jenem des Schuldnervermögens zu unterscheiden, weil er nicht auf einen bloßen Wertersatz, sondern auf den konkreten Zuwendungsgegenstand selbst gerichtet ist und somit über einen Wertersatzanspruch noch hinausgeht.<sup>914</sup> In der Folge kann aber der Anfechtungsanspruch des Verwalters des Mittelvermögens von jenem des Schuldnervermögens nicht schon geltend gemacht worden sein. Vielmehr besteht zugunsten des Verwalters des Mittelvermögens ein eigenständiger Anfechtungsanspruch, der im Falle der Anspruchskonkurrenz lediglich einen zusätzlichen Wertersatzanspruch des Verwalters des Schuldnervermögens ausschließt.

Deshalb hat der Empfänger auch in der zeitlich erst nachträglich eintretenden Insolvenz der Mittelsperson weiterhin den konkreten Zuwendungsgegenstand an den Verwalter des Mittelvermögens zurückzugewähren. Weil allerdings neben dem Anfechtungsanspruch des Verwalters des Mittelvermögens ein Anspruch des Verwalters des Schuldnervermögens nicht mehr bestehen kann, ist wegen der Anfechtung durch den Verwalter des Mittelvermögens der Rechtsgrund für den zuvor bereits geleisteten Wertersatz weggefallen. In der Folge kann der Empfänger diesen Wertersatz vom Verwalter des Schuldnervermögens als Masseforderung gemäß § 812 BGB in Verbindung mit § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO wieder herausverlangen. Soweit den Empfänger dadurch eine – regelmäßig bloß kurzzeitige – Doppelbelastung trifft, ist ihm diese zuzumuten. Denn eine Anspruchskonkurrenz kann gegen ihn von vornherein nur in Betracht kommen, wenn sowohl in der Insolvenz des Schuldners, als auch in jener der Mittelsperson, die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes gegen den Empfänger jeweils erfüllt sind, so dass er sich dem doppelten Anfechtungsrisiko stets eigenverantwortlich ausgesetzt hat.

**(bbb) Rückabwicklung übers Eck bei anweisungsspezifischer Ausfallhaftung des Schuldners**

Allerdings wird es gegenüber dem Empfänger zumindest in der Insolvenz der Mittelsperson nicht selten am Vorliegen eines Anfechtungstatbestandes fehlen, weil der Empfänger wie schon dargelegt entweder hinsichtlich einer Benachteiligung der Gläubiger der Mittelsperson gutgläubig war oder ihm eine Annahmeverweigerung nicht zugemutet werden konnte.<sup>915</sup> Wenn in diesem Falle aus Verkehrsschutzgründen gegen den Empfänger eine Direktanfechtung des Insolvenzverwalters des Mittelvermögens ausscheiden muss, wurde jedoch ebenso aufgezeigt, dass zugunsten der Gläubiger des Mittelvermögens stattdessen eine anweisungsspezifische Ausfallhaftung des Schuldners in Betracht kommen kann. Besteht dabei in der Insolvenz des Schuldners wiederum ein Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger, lässt sich aufgrund der Ausfallhaftung des Schuldners anhand einer Rückabwicklung übers Eck zugunsten der Gläubiger des Mittelvermögens ein der Direktanfechtung weitgehend angenähertes Ergebnis erreichen.<sup>916</sup>

---

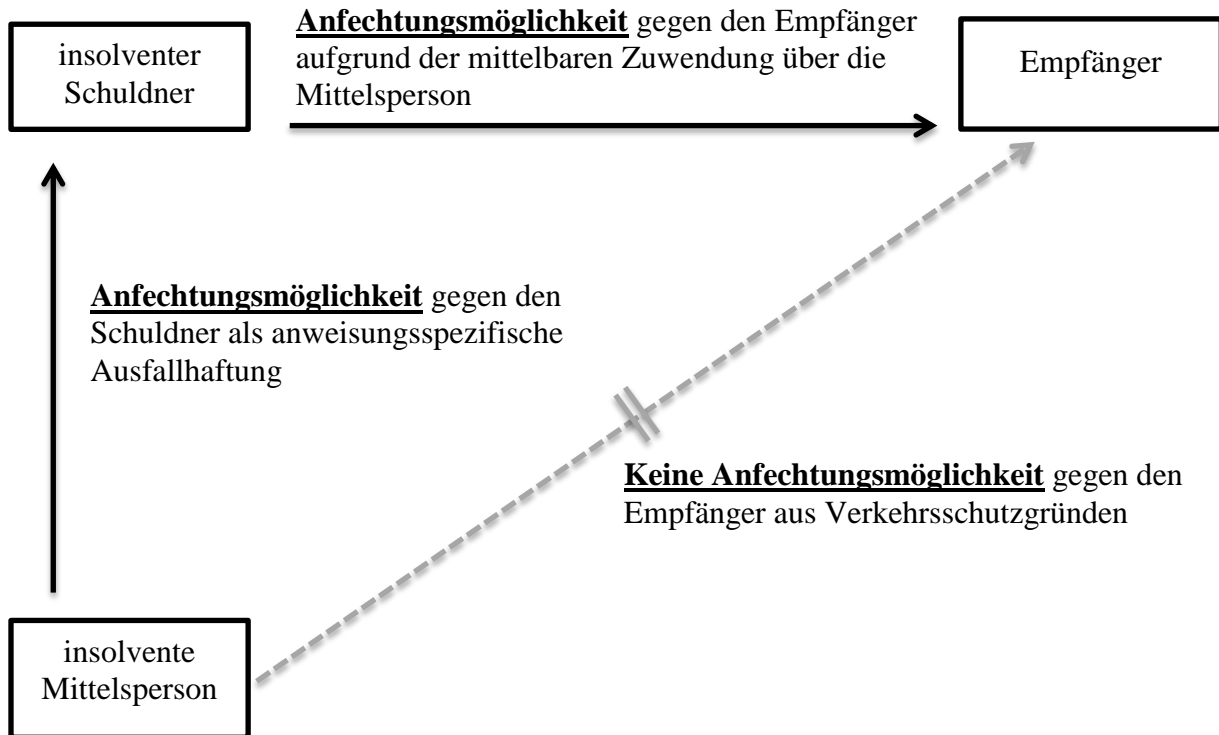
<sup>913</sup> So Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 76.

<sup>914</sup> Insbesondere besitzt in der Insolvenz des Empfängers nur ein Anspruch auf den konkreten Zuwendungsgegenstand eine Aussonderungskraft; vgl. bereits unter C.I.4)b)aa), Seite 164. Dieser Vorteil würde dem Mittelvermögen durch die Erstinsolvenz des Schuldnervermögens abgeschnitten, wenn in diesem Fall nur noch die Herausgabe eines bereits – ggf. nur quotal – geleisteten Wertersatzanspruchs möglich wäre.

<sup>915</sup> Siehe zur Gutgläubigkeit bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(b)(bb)(bbb), Seite 199, sowie zur Unzumutbarkeit der Annahmeverweigerung unter C.II.1)a)dd)(2)(b)(bb)(ccc), Seite 200.

<sup>916</sup> Im Ergebnis ebenso Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 71 ff.

Illustration:



Auch wenn den Schuldner eine anweisungsspezifische Ausfallhaftung trifft, hat er den von der Mittelsperson aufgewendeten Zuwendungsgegenstand tatsächlich nicht erhalten, so dass er diesen gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO an den Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens auch nicht zurückgewähren kann. In der Konsequenz kann der gegen den Schuldner gerichtete Anfechtungsanspruch des Verwalters des Mittelsvermögens grundsätzlich nur auf einen abstrakten Wertersatz gerichtet sein, welcher wiederum in der Insolvenz des Schuldners nicht aussonderungsfähig ist.<sup>917</sup>

Anders gestaltet sich die Lage allerdings, wenn – aufgrund der von der Mittelsperson parallel ausgeführten mittelbaren Zuwendung zwischen Schuldner und Empfänger – der Insolvenzverwalter des Schuldnervermögens gegen den Empfänger einen Anfechtungsanspruch besitzt. Denn während das Bestehen dieses Anfechtungsanspruch zumindest dem Werte nach eine haftungsrechtliche Zuordnung der vom Empfänger erhaltenen Zuwendung impliziert,<sup>918</sup> hat die Haftungsmasse des Schuldners jedoch eben diese haftungsrechtliche Zuordnung wiederum aus dem Mittelsvermögen erhalten. Dies folgt aus dem Umstand, dass der zugewendete Vermögenswert im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Schuldner- und des Mittelsvermögens vor der Zuwendung haftungsrechtlich wie gesehen allein letzteren zugeordnet war, weil der Vermögenswert gegenständlich aus dem Mittelsvermögen abstammt.<sup>919</sup>

Diese haftungsrechtliche Zuordnung hat die Mittelsperson jedoch zugunsten der Gläubiger des Schuldners aufgegeben, indem sie den Vermögenswert an einen Empfänger übergab, gegenüber dem eine Direktanfechtung für den Verwalter des Mittelsvermögens ausgeschlossen ist. Denn auf der Kehrseite wurde damit dem Verwalter des Schuldnervermögens mangels ei-

<sup>917</sup> Vgl. nur Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 73.

<sup>918</sup> Vgl. bereits unter C.I.4)b), ab Seite 163 ff.

<sup>919</sup> Siehe bereits unter C.I.4)c)dd), Seite 169.

ner Anspruchskonkurrenz mit jenem des Mittelvermögens eine Anfechtungsmöglichkeit gegen den Empfänger eingeräumt.

Besteht deshalb zugunsten des Insolvenzverwalters des Schuldnervermögens ein Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger, wird in der Literatur zu Recht vertreten, dass auf eben diesen Anspruch wiederum der Anfechtungsanspruch des Verwalters des Mittelvermögens gerichtet ist, so dass es im Ergebnis zu einer Rückabwicklung übers Eck kommt.<sup>920</sup> Zwar wird gegen eine solche Konstruktion teilweise eingewandt, dass der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger nie Bestandteil des Mittelvermögens gewesen sei, so dass er an dessen Verwalter auch nicht gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zurückgewährt werden könne.<sup>921</sup> Allerdings verkennt dieser Einwand, dass der Anfechtungsanspruch nach der haftungsrechtlichen Theorie nur noch als »Hilfs- oder Nebenrecht« dazu dient, die haftungsrechtliche Zuordnung am verschobenen Vermögenswert tatsächlich durchzusetzen.<sup>922</sup> Aufgrund der gegenständlichen Abstammung des verschobenen Vermögenswertes war jedoch eben diese Zuordnung vor der Zuwendung sehr wohl Bestandteil des Mittelvermögens. Insofern ist es insbesondere unschädlich, dass die Zuordnung zur Haftungsmasse des Schuldners wie dargelegt lediglich dem Werte nach besteht. Denn als bloßes Minus ist auch die wertmäßige Zuordnung in der gegenständlichen enthalten gewesen, so dass diese an den Verwalter des Mittelvermögens in Gestalt des Anfechtungsanspruchs zurückgewährt werden kann.<sup>923</sup>

Weil diese haftungsrechtliche Zuordnung im Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger ihre Verkörperung erfährt, ist es schließlich auch möglich, sie zugunsten des Verwalters des Mittelvermögens auszusondern.<sup>924</sup> Während sich der schutzwürdige Empfänger dadurch freilich nicht schlechter steht, werden hiermit wiederum im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Schuldner- und Mittelvermögens sachgerechte Ergebnisse gewährleistet. Denn durch die Aussonderung des Anfechtungsanspruchs gegen den Empfänger wird verhindert, dass der verschobene Vermögenswert auf dem Umweg der Anfechtung gegen den Empfänger doch noch in das Schuldnervermögen gelangt, obwohl ihn der Schuldner von der Mittelsperson nicht hätte anfechtungsfest erwerben können.<sup>925</sup> Eine solche Erweiterung der Haftungsmasse des Schuldners wäre nicht sachgerecht, denn sie basierte allein darauf, dass der Schuldner die Mittelsperson zur Leistung an einen schutzwürdigen Empfänger anwies, gegenüber dem eine Direktanfechtung für den Verwalter des Mittelvermögens ausscheidet.

---

<sup>920</sup> So Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 72 f., der zur Begründung jedoch darauf abstellen möchte, dass der Schuldner von der Mittelsperson von vornherein nicht die Befreiung von der Forderung des Empfängers, sondern den gegen diesen gerichteten Anfechtungsanspruch erhalten habe. Dies kann so aber nicht überzeugen, da die Forderung des Empfängers gemäß § 144 Abs. 1 InsO erst mit der Rückgewähr der anfechtbaren Leistung wieder auflebt, vgl. nur Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 144 Rn. 2. Auf eine zeitliche Inkonsistenz hinweisend auch Burchard, Dreieck, S. 198 f.; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 232.

<sup>921</sup> Burchard, Dreieck, S. 199 f.; Röttger, aaO.

<sup>922</sup> Siehe bereits unter C.I.4)a)bb), Seite 162.

<sup>923</sup> Im Ergebnis ebenso Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 77, der zur Begründung anführt, dass »die haftungsrechtliche Zuordnung ohnehin nicht auf den Gegenstand selbst, sondern immer nur auf den in ihm verkörperten Wert gerichtet ist«.

<sup>924</sup> Im Ergebnis ebenso Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 73.

<sup>925</sup> Vgl. insofern auch Burchard, Dreieck, S. 200, die diesen Vorteil jedoch nicht über eine Aussonderung des Anfechtungsanspruchs, sondern mittels einer Privilegierung über § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Verbindung mit § 812 BGB abschöpfen möchte. Dies kann so aber nicht überzeugen, weil der Verwalter des Schuldnervermögens um den Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger nicht ungerechtfertigt bereichert ist. Denn solange eine Anspruchskonkurrenz mit dem Verwalter des Mittelvermögens nicht besteht, sind die Anfechtungsvoraussetzungen zugunsten des Verwalters des Schuldnervermögens erfüllbar; vgl. bereits unter C.I.4)c)bb), Seite 167 f. Im Ergebnis ablehnend auch Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 384 f.; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 233.

Wenn die anweisungsspezifische Ausfallhaftung des Schuldners im Falle der Doppelinsolvenz also dazu führt, dass in der Haftungsmasse des Schuldners der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger zugunsten des Verwalters des Mittelsvermögens aussonderungsfähig ist, wird damit für die Gläubiger der Mittelsperson ein Ergebnis erreicht, welches dem der Direktanfechtung gegen den Empfänger trotz des Verkehrsschutzes weitgehend angenähert ist, weil vom Empfänger zumindest der Wert des Zuwendungsgegenstandes in das Mittelsvermögen wieder zurückfließt. Auch leben wie bei der Direktanfechtung die Forderungen des Schuldners und des Empfängers gemäß § 144 Abs. 1 InsO wieder auf, wobei es hinsichtlich des Verschaffungsanspruchs des Schuldners allerdings einer analogen Anwendung nicht bedarf, da der Verschaffungsanspruch bereits mit der Rückgewähr des Anfechtungsanspruchs gegen den Empfänger wieder besteht.

**(bb) Mittelbare Zuwendung als zwei rechtlich getrennte Geschäfte**

Handelt es sich bei der mittelbaren Zuwendung nicht um einen klassischen Anweisungsfall, sondern wird die Zuwendung im Wege von zwei rechtlich getrennten Geschäften bewirkt, hat der Schuldner einen Gegenstand aus dem eigenen Vermögen an die Mittelsperson veräußert, damit dieser Gegenstand von der Mittelsperson anschließend an den Empfänger weiterveräußert wird.

*Illustration:*



Während hier – anders als im klassischen Anweisungsfall – der Zuwendungsgegenstand ursprünglich also aus dem Schuldnervermögen abstammt, entspräche es bei einer Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson zwar prinzipiell einer Wiederherstellung der haftungsrechtlichen Ausgangssituation, wenn demgemäß der Insolvenzverwalter des Schuldnervermögens den Zuwendungsgegenstand wieder zurückerhielte. Allerdings würde eine solche Sichtweise nicht berücksichtigen, dass die mittelbare Zuwendung auch im Falle von zwei rechtlich getrennten Geschäften erst mit der Übergabe des Zuwendungsgegenstandes an den Empfänger vollzogen wird.<sup>926</sup>

Deshalb wäre es bei mittelbaren Zuwendungen über zwei getrennte Geschäfte für die Bestimmung der haftungsrechtlichen Ausgangssituation zu kurz gegriffen, lediglich auf die Abstammung des Zuwendungsgegenstandes aus dem Schuldnervermögen abzustellen. Vielmehr führt der Zwischenerwerb der Mittelsperson dazu, dass sich der verschobene Vermögenswert vor der mittelbaren Zuwendung gegenständlich ebenso im Mittelsvermögen befand. Kommen deshalb wegen des Verlustes desselben Zuwendungsgegenstandes potentielle Anfechtungsansprüche sowohl in der Insolvenz des Schuldners als auch in jener der Mittelsperson in Betracht, muss die Lösung eines solchen Konkurrenzverhältnisses davon abhängen, ob die ursprüngliche haftungsrechtliche Zuordnung des Zuwendungsgegenstandes durch den Zwischenerwerb der Mittelsperson durchbrochen wurde oder ob diese Zuordnung auch im Mittelsvermögen weiter fortbestand.

<sup>926</sup> Insbesondere wird nach hier vertretener Auffassung die mittelbare Zuwendung erst mit der Übergabe an den Empfänger im Sinne von § 140 InsO »vorgenommen«, siehe dazu noch unter C.II.1)a)ee), Seite 212 f. Anders aber die ganz herrschende Meinung, siehe bereits unter B.I.1)c), Seite 15.



**(aaa) Keine Anfechtung zugunsten des Mittelsvermögens bei Treuhandverhältnissen**

Ein Fortbestehen der haftungsrechtlichen Zuordnung zum Schuldnervermögen kann insbesondere darauf beruhen, dass der Zuwendungsgegenstand im Mittelsvermögen gegenüber dem Schuldner treuhänderisch gebunden war.<sup>927</sup> Denn dann ist der Zuwendungsgegenstand nie Bestandteil der Haftungsmasse der Mittelperson geworden, da er bei einem Verbleib im Mittelsvermögen als Treugut zugunsten des Schuldners gemäß § 47 InsO stets aussonderungsfähig gewesen wäre.<sup>928</sup> Eine solch treuhänderische Bindung wird im Rahmen einer mittelbaren Zuwendung rechtspraktisch auch nicht selten in Betracht kommen,<sup>929</sup> weil der Schuldner den Gegenstand an die Mittelperson bereits von Anfang an zum Zwecke der Weiterveräußerung an den Empfänger übergab, so dass beim Zwischenerwerb der Mittelperson ein Treuhandverhältnis oftmals zumindest konkludent vereinbart worden sein kann.

Ist der Zuwendungsgegenstand deshalb trotz des Zwischenerwerbs haftungsrechtlich den Gläubigern des Mittelsvermögens nie zugeordnet gewesen, wurde das Mittelsvermögen durch seine Weitergabe auch nicht im anfechtungsrechtlichen Sinne belastet. Vielmehr muss in einer solchen Konstellation eine Anfechtung für den Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens stets mangels Rechtshandlung ausscheiden. Insbesondere gilt dies unabhängig davon, ob stattdessen Anfechtungsmöglichkeiten zugunsten der Gläubiger des Schuldnervermögens bestehen. Denn durch das Treuhandverhältnis war der Zuwendungsgegenstand haftungsrechtlich bereits dem Schuldner selbst zugeordnet, so dass es zum Ausschluss einer Belastung des Mittelsvermögens auf einen konkurrierenden Anfechtungsanspruch des Verwalters des Schuldnervermögens nicht mehr ankommt.

**(bbb) Vorrang bei Anspruchskonkurrenz abhängig von der Anfechtbarkeit des Zwischenerwerbs**

Anderes gilt hingegen, wenn die haftungsrechtliche Zuordnung zum Schuldner aufgrund des Zwischenerwerbs der Mittelperson durchbrochen wurde, weil ein Treuhandverhältnis nicht vereinbart war. Weil in diesem Falle der Zuwendungsgegenstand nämlich zunächst auch haftungsrechtlich in das Mittelsvermögen gelangte, hat dieses aufgrund der Weiterveräußerung an den Empfänger einen anfechtungsrechtlich relevanten Vermögenswert verloren.<sup>930</sup> In der Folge kann eine Anfechtungsmöglichkeit zugunsten des Insolvenzverwalters des Mittelsvermögens für sich betrachtet grundsätzlich bestehen. Allerdings ändert selbst ein haftungsrechtlicher Zwischenerwerb der Mittelperson nichts daran, dass zur Begünstigung des Empfängers auch der Schuldner haftungsrechtlich eigenes Vermögen aufgewendet hat, so dass gegen den Empfänger eine anfechtbare Rechtshandlung zugunsten des Verwalters des Schuldnervermögens ebenso noch möglich ist.

Kommen deshalb in der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelperson gegen den Empfänger potentielle Anfechtungsansprüche zugunsten beider Insolvenzverwalter in Betracht, ist bei einer solchen Anspruchskonkurrenz wie in den klassischen Anweisungsfällen dem Verwalter desjenigen Vermögens der Vorrang einzuräumen, dessen Gläubigern der verschobene Vermögenswert im Verhältnis zu den Gläubigern des anderen Vermögens haftungsrechtlich zugeordnet ist.<sup>931</sup>

---

<sup>927</sup> Sowohl bei einer fremd-, als auch bei einer eigennützigen Treuhand, ist das Treugut haftungsrechtlich weiterhin dem Treugeber zugeordnet, siehe nur Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 79 und 84.

<sup>928</sup> Andres/*Leithaus/Leithaus*, InsO, § 47 Rn. 12; Braun/*Bäuerle*, InsO, § 47 InsO, Rn. 67 f.; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 47 Rn. 58 und 68; Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, § 47 Rn. 79 und 85.

<sup>929</sup> HambKomm/*Rogge/Leptien*, InsO, § 129 Rn. 30, die die Treuhand als »typischen Anwendungsfall« ansehen.

<sup>930</sup> Vgl. auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 112.

<sup>931</sup> Siehe allgemein bereits unter C.I.4)c)cc), Seite 168.

Im Rahmen von mittelbaren Zuwendungen über zwei getrennte Geschäfte ist dies allerdings davon abhängig, ob ohne eine Weiterveräußerung des Zuwendungsgegenstandes der Zwischenerwerb der Mittelsperson zugunsten der Gläubiger des Schuldnervermögens anfechtbar gewesen wäre. Denn danach richtet sich, ob durch den Zwischenerwerb der Mittelsperson eine Durchbrechung der ursprünglichen haftungsrechtlichen Zuordnung auch im Verhältnis zu den Gläubigern des Schuldnervermögens begründet werden konnte, oder ob der Zuwendungsgegenstand den Gläubigern des Schuldnervermögens im Mittelsvermögen noch weiterhin verhaftet gewesen ist.

Wäre der Zwischenerwerb bei einem Verbleib des Zuwendungsgegenstandes im Mittelsvermögen etwa mangels eines einschlägigen Anfechtungstatbestandes *nicht* anfechtbar gewesen,<sup>932</sup> war der Gegenstand vor seiner Weiterveräußerung an den Empfänger – und damit auch vor der Ausführung der mittelbaren Zuwendung – im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Schuldner- und des Mittelsvermögens haftungsrechtlich allein letzteren zugeordnet. Bei einer Konkurrenz mit den Gläubigern des Mittelsvermögens wurde deshalb die Haftungsmasse des Schuldners durch die Weiterveräußerung an den Empfänger allerdings nicht mehr verringert. Vielmehr hat sich in diesem Falle das Risiko der Belastung des Schuldnervermögens bereits vollständig im Zwischenerwerb der Mittelsperson realisiert, so dass aus Sicht des Schuldnervermögens eine Rechtshandlung nur noch gegenüber der Mittelsperson, nicht aber auch gegenüber dem Empfänger vorgenommen wurde. Wenn dementsprechend in der Anspruchskonkurrenz gegen den Empfänger dem Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens der Vorrang gebührt, ist dies auch im Ergebnis sachgerecht. Denn anderenfalls könnte der Verwalter des Schuldnervermögens über den Umweg einer Anfechtung gegen den Empfänger den Gläubigern des Mittelsvermögens den Zuwendungsgegenstand als Haftungswert wieder entziehen, obwohl die Mittelsperson diesen vom Schuldner anfechtungsfest erworben hatte.

Genau umgekehrt verhält es sich wiederum, wenn der Zwischenerwerb bei einem Verbleib des Zuwendungsgegenstandes im Mittelsvermögen zugunsten der Gläubiger des Schuldnervermögens anfechtbar gewesen wäre. War in diesem Falle der Zuwendungsgegenstand nämlich auch im Mittelsvermögen den Gläubigern des Schuldnervermögens noch verhaftet, haben durch die Weiterveräußerung an den Empfänger die Gläubiger des Mittelsvermögens im Verhältnis zu jenen des Schuldnervermögens keine Haftungsmasse verloren. Bei einer Konkurrenz mit den Gläubigern des Schuldnervermögens fehlt es daher in der Insolvenz der Mittelsperson bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung gegenüber dem Empfänger, so dass dem Insolvenzverwalter des Schuldnervermögens in der Anspruchskonkurrenz der Vorrang einzuräumen ist. Dies ist auch im Ergebnis sachgerecht, denn anderenfalls erhielten die Gläubiger der Mittelsperson durch die Anfechtung der Weiterveräußerung an den Empfänger einen Vorteil zurückgewährt, welchen sie aufgrund der Anfechtbarkeit des Zwischenerwerbs ohne die Weiterveräußerung nicht erlangt respektive behalten hätten.

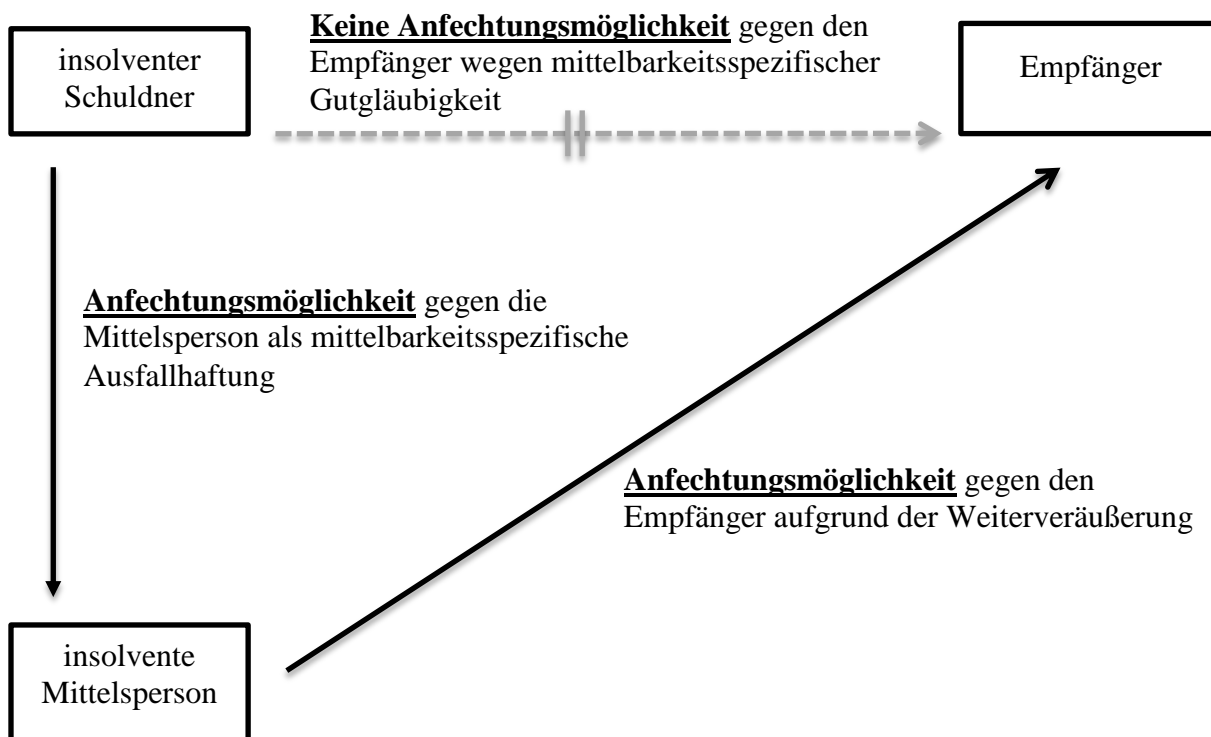
**(ccc) Rückabwicklung übers Eck bei mittelbarkeitsspezifischer Ausfallhaftung der Mittelsperson**

Aber selbst außerhalb der Anspruchskonkurrenz gegen den Empfänger kann der Zuwendungsgegenstand anhand einer Rückabwicklung übers Eck im Ergebnis noch in das Schuldnervermögen zurückgelangen, wenn in der Insolvenz des Schuldners die Anfechtung gegen den Empfänger allein aus mittelbarkeitsspezifischen Gründen scheitert. Denn es wurde bereits dargelegt, dass der Empfänger hinsichtlich der Benachteiligung der Gläubiger des Schuldners gutgläubig gewesen sein kann, weil ihm aufgrund der Zwischenschaltung der Mittelsperson

<sup>932</sup> Eine anfechtbare Rechtshandlung würde bei einem Verbleib im Mittelsvermögen hingegen stets vorliegen, siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(a)(bb)(bbb), Seite 193.

verborgen geblieben ist, dass es sich um eine mittelbare Zuwendung des Schuldners handelt.<sup>933</sup> Dabei wurde jedoch ebenso schon herausgestellt, dass in solchen Fällen zugunsten der Gläubiger des Schuldners eine mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung der Mittelsperson möglich ist. Bestehen nun in der Insolvenz der Mittelsperson wiederum Anfechtungsmöglichkeiten gegenüber dem Empfänger, lässt sich aufgrund der Ausfallhaftung der Mittelsperson vergleichbar zu den klassischen Anweisungsfällen eine Rückabwicklung übers Eck herleiten.

*Illustration:*



Besteht im Rahmen einer mittelbaren Zuwendung in Form von zwei getrennten Geschäften eine mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung der Mittelsperson, richtet sich gemäß § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO der Anfechtungsanspruch des Insolvenzverwalters des Schuldnervermögens grundsätzlich auf einen bloßen Wertersatz. Weil die Mittelsperson den vom Schuldner erhaltenen Zuwendungsgegenstand an den Empfänger nämlich weiterveräußert hat, ist die Rückgewähr des Zuwendungsgegenstandes für die Mittelsperson in natura nicht mehr möglich.

Anderes muss hingegen gelten, wenn aufgrund der Weiterveräußerung des Zuwendungsgegenstandes in der Insolvenz der Mittelsperson ein Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger besteht. Soweit dieser Anfechtungsanspruch vom Insolvenzverwalter des Mittelsvermögens bereits durchgesetzt wurde, ist die Rückabwicklung übers Eck unproblematisch. Wenn der Verwalter des Mittelsvermögens nämlich aufgrund der Anfechtung den Zuwendungsgegenstand vom Empfänger bereits zurückerhalten hat, kann er diesen an das Schuldnervermögen auch wieder zurückgewähren, so dass der Anfechtungsanspruch des Verwalters des Schuldnervermögens wieder auf den Gegenstand selbst gerichtet ist.

Wurde vom Verwalter des Mittelsvermögens der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger hingegen noch nicht durchgesetzt, kommt es allerdings ebenso zu einer Rückabwicklung übers Eck. Denn in diesem Falle ist der Anspruch des Verwalters des Schuldnervermögens

<sup>933</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(a)(bb)(ccc), Seite 193.

auf den Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger gerichtet. Entsprechend den Ausführungen zu den klassischen Anweisungsfällen folgt dies aus dem Umstand, dass es sich bei dem Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger um ein bloßes »Hilfs- oder Nebenrecht« zur Durchsetzung der haftungsrechtlichen Zuordnung handelt.<sup>934</sup> Diese haftungsrechtliche Zuordnung am Zuwendungsgegenstand hat die Haftungsmasse der Mittelsperson allerdings aus dem Schuldnervermögen erhalten. Denn der Zuwendungsgegenstand gelangte erst aufgrund des Zwischenerwerbs in das Mittelsvermögen, während er ursprünglich aus dem Schuldnervermögen abstammte. Indem jedoch der Schuldner den Gegenstand über die Mittelsperson an einen Empfänger verschob, gegen den eine Anfechtung für den Verwalter des Schuldnervermögens nicht möglich ist, hat der Schuldner die ursprüngliche haftungsrechtliche Zuordnung zugunsten der Haftungsmasse der Mittelsperson aufgegeben. Denn auf der Kehrseite wurde damit dem Verwalter des Mittelsvermögens mangels einer Anspruchskonkurrenz mit jenem des Schuldnervermögens eine Anfechtungsmöglichkeit gegen den Empfänger eingeräumt.

Besteht nun eine mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung der Mittelsperson, ist der Anfechtungsanspruch gegen den Empfänger zugunsten des Verwalters des Schuldnervermögens aussonderungsfähig. Während sich der schutzwürdige Empfänger dadurch freilich nicht schlechter steht, werden hiermit wiederum im Verhältnis zwischen den Gläubigern des Schuldner- und Mittelsvermögens sachgerechte Ergebnisse gewährleistet. Denn aufgrund einer mittelbarkeitsspezifischen Ausfallhaftung der Mittelsperson wäre ihr Zwischenerwerb auch bei einem Verbleib des Zuwendungsgegenstandes im Mittelsvermögen anfechtbar gewesen.<sup>935</sup> Hätte in diesem Falle der Zuwendungsgegenstand den Gläubigern des Schuldnervermögens jedoch zurückgewährt werden müssen, wird durch die Aussonderung des Anfechtungsanspruchs gegen den Empfänger verhindert, dass die Haftungsmasse der Mittelsperson aufgrund der Weiterveräußerung des Zuwendungsgegenstandes einen Vorteil erhält, den sie ohne die Weiterveräußerung nicht erlangt respektive behalten hätte. Vielmehr muss der Zuwendungsgegenstand auch in dieser Konstellation letztlich in das Schuldnervermögen zurückfließen, so dass ein Ergebnis erreicht wird, das dem des Vorrangs der Gläubiger des Schuldnervermögens bei einer Anspruchskonkurrenz weitgehend angenähert ist.

### (3) **Zwischenfazit**

Somit bleibt auch hinsichtlich der Doppelinsolvenz von Schuldner und Mittelsperson zu konstatieren, dass sich bereits auf der Ebene der Rechtshandlung sachgerechte Ergebnisse herleiten lassen, indem aufbauend auf den Anfechtungsmöglichkeiten in den jeweiligen Einzelinsolvenzen der hier verstandene Begriff der Rechtshandlung um eine haftungsrechtliche Perspektive ergänzt wird. Danach gebührt der verschobene Vermögenswert letztlich den Gläubigern desjenigen Vermögens, dem er bereits vor der mittelbaren Zuwendung haftungsrechtlich zugeordnet war. Ohne Umwege lässt sich dieses Ergebnis in der Anspruchskonkurrenz zwischen den Insolvenzverwaltern des Schuldner- und Mittelsvermögens sicherstellen. Weil die haftungsrechtliche Zuordnung zum Ursprungsvermögen nämlich eine Belastung der konkurrierenden Haftungsmasse ausschließt, wurde in diesen Fällen eine anfechtbare Rechtshandlung nur für den Verwalter des Ursprungsvermögens vorgenommen. Aber selbst wenn aus Verkehrsschutzgründen eine solche Direktanfechtung für den Verwalter des Ursprungsvermögens nicht besteht, lässt sich im Wege der mittelbarkeits- oder anweisungsspezifischen Ausfallhaftung noch eine Rückabwicklung übers Eck erreichen, so dass die verlorene haftungsrechtliche Zuordnung zum Ursprungsvermögen – in Gestalt des Anfechtungsanspruchs des Verwalters des anderen Vermögens – zugunsten der Gläubiger des Ursprungsvermögens aussonderungsfähig ist.

<sup>934</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(c)(aa)(bbb), Seite 206.

<sup>935</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(a)(bb)(bbb), Seite 193.

Hingegen spielen etwaig bestehende Kausalverhältnisse oder die konkret einschlägigen Anfechtungstatbestände bei der Bestimmung der prinzipiellen Anfechtungsmöglichkeiten keine Rolle. Stattdessen kommt es auf das konkrete Ziel der Vermögensverschiebung an, in welches die Zuwendung nach dem Willen des Handelnden münden soll. Dieses Ziel kann allerdings insbesondere aufgrund von Anweisungen zur Leistung an Dritte auch außerhalb des Kausalverhältnisses liegen.

Ebenso wenig werden durch einen konkreten Anfechtungstatbestand die Anfechtungsmöglichkeiten bereits festgelegt. Zwar richtet sich nach den Tatbeständen, ob ein vorrangiger Anfechtungsgegner im Ergebnis schutzwürdig ist, so dass gegebenenfalls die Ausfallhaftung eines Dritten möglich wird. Jedoch ist es sowohl für das Fehlen der Schutzwürdigkeit des vorrangigen Anfechtungsgegners, als auch für die Ermöglichung einer Ausfallhaftung des Dritten, im Einzelnen unerheblich, welcher Tatbestand dabei tatsächlich einschlägig ist.

Insgesamt lässt sich deshalb festhalten, dass der hier vertretene Begriff der Rechtshandlung als anfechtungsrechtliche Zurechnungsproblematik eine den Anfechtungstatbeständen vorgelegte und von ihnen unabhängige Ebene in der Systematik der Anfechtungsvoraussetzungen darstellt. Auf dieser Ebene lassen sich insbesondere in gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Zweifelsfällen anhand von allgemeinen Erwägungen bereits eine ganze Reihe von Fragestellungen beantworten, welche schon die ersten Grundlinien einer potentiellen Anfechtbarkeit vorzeichnen. Dieses Regelungspotential des Begriffs der Rechtshandlung ermöglicht es, auf der Kehrseite die Anfechtungstatbestände auf ihre eigentliche Aufgabe – nämlich die Widerlegung der Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners – zu reduzieren und daran orientiert einer in sich konsequenten Auslegung zugänglich zu machen.

#### **ee) Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung**

Durch das Verständnis der Rechtshandlung als Zurechnungsproblematik kann jedoch nicht nur der Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts vorgezeichnet werden. Vielmehr hat dieses Verständnis auch Folgen für den Zeitpunkt, zu welchem die Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne vorgenommen wurde. Dabei kann der Zeitpunkt der Rechtshandlung insbesondere im Rahmen von mittelbaren Zuwendungen für die Voraussetzungen einer Anfechtung eine ausschlaggebende Bedeutung haben, indem er grundsätzlich sowohl den maßgeblichen Zeitpunkt für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale bestimmt, als auch jenen, ab dem die Anfechtungsfristen zu laufen beginnen.<sup>936</sup> Gilt dabei die Rechtshandlung gemäß § 140 Abs. 1 InsO zu dem Zeitpunkt als vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten, geht die herrschende Meinung grundsätzlich zu Recht davon aus, dass es insofern auf den Zeitpunkt der Belastung des Schuldnervermögens ankommt.<sup>937</sup> Denn zumindest im Ausgangspunkt muss es anfechtungsrechtlich auf die Vermögensbelastung ankommen, weil durch diese die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger beeinträchtigt werden.

Dieses Ereignis scheint jedoch bereits mit dem unmittelbaren Akt der Verringerung des Schuldnervermögens aufzutreten, wenn die Rechtshandlung nicht als eine wertende Zurechnungsproblematik begriffen wird. Die herrschende Meinung geht deshalb wie gesehen davon aus, dass zeitlich gestreckte mittelbare Zuwendungen in Form von zwei getrennten Geschäften schon zum Zeitpunkt des Zwischenerwerbs der Mittelsperson vorgenommen wurden.<sup>938</sup> Weil allerdings der mittelbare Empfänger zu diesem Zeitpunkt noch nicht begünstigt wurde und daher von der Rechtshandlung des Schuldners noch keine Kenntnis haben muss, ließe sich ein solches Ergebnis nicht mit der hier vertretenen tatbestandlichen Parallelwertung der

---

<sup>936</sup> MüKo/Kirchhof, InsO, § 140 Rn. 3 f.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 140 Rn. 5. Vgl. auch Fischer, ZIP 2004, 1679.

<sup>937</sup> Siehe dazu bereits am Anfang unter B.I.1)c), Seite 15 f.

<sup>938</sup> Wie vorherige Fn.

Bösgläubigkeit des Gegners vereinbaren. Denn der Anfechtungsgegner kann solange keine Kenntnis von den gläubigerbenachteiligenden Wirkungen einer Rechtshandlung haben, wie er noch keine Kenntnis von der Rechtshandlung selbst hat.

Demgegenüber führt die Erweiterung des Begriffs der Rechtshandlung um das Kriterium eines Risikozusammenhangs wie dargelegt dazu, dass die Rechtshandlung nur gegenüber demjenigen vorgenommen wurde, in dessen Begünstigung sich das vermögensbelastende Risiko der Handlung verwirklicht hat. Deshalb ist der Zeitpunkt der Rechtshandlung nach hier vertretener Auffassung nicht vom äußerlichen Eintritt der Vermögensbelastung abhängig, sondern vom Zeitpunkt der Risikorealisierung.

Weil in der Konstellation der mittelbaren Zuwendung eine Rechtshandlung gegenüber der Mittelsperson mangels anfechtungsrechtlicher Relevanz – trotz der unmittelbaren Vermögensbelastung – im Regelfall schon nicht vorgenommen wurde,<sup>939</sup> bedeutet dies also, dass es auf den Zwischenerwerb der Mittelsperson für den Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht ankommen kann. Weil sich das Belastungsrisiko vielmehr im mittelbaren Erwerb des Empfängers realisiert, muss dieser den maßgeblichen Zeitpunkt bilden.

Damit kann gegenüber dem Empfänger der mittelbaren Zuwendung also auch ohne eine »wirtschaftliche Betrachtung« begründet werden, dass die Rechtshandlung erst mit dem Zeitpunkt seines Erwerbs im Sinne des § 140 Abs. 1 InsO vorgenommen wurde. Dies ist im Ergebnis sachgerecht, weil der Empfänger in der Regel erst zu diesem Zeitpunkt von der Handlung des Schuldners erfährt, so dass es für die Beurteilung seiner Gut- oder Bösgläubigkeit auch auf diesen Zeitpunkt ankommen muss.

Demgegenüber bildet der Zwischenerwerb der Mittelsperson erst dann einen möglichen Vornahmezeitpunkt der Rechtshandlung, wenn sich ausnahmsweise auch in diesem für die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ein Risiko realisiert hat. In diesen Konstellationen variiert deshalb der Vornahmezeitpunkt je nach Anfechtungsgegner, so dass im Ergebnis mehrere Vornahmezeitpunkte der Rechtshandlung denkbar sind. Dabei steht diese Möglichkeit mehrerer Vornahmezeitpunkte insbesondere auch mit dem Wortlaut des § 140 Abs. 1 InsO im Einklang, weil dieser im Plural »rechtliche Wirkungen« formuliert ist. Diese rechtlichen Wirkungen sind immer jene, in denen sich das anfechtungsrechtlich relevante Belastungsrisiko des tatsächlichen Verhaltens realisiert. Wenn immer dies der Fall ist, wurde die Rechtshandlung somit vorgenommen.

---

<sup>939</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(a)(aa)(aaa), Seite 190 f.

## **b) Sonderfälle**

Während der konkret einschlägige Anfechtungstatbestand in der bisherigen Erörterung der Prinzipien einer Rechtshandlung noch keine direkte Rolle gespielt hat, haben die Tatbestände jedoch einen unmittelbaren Einfluss auf die Voraussetzungen einer Rechtshandlung, wenn sie abweichend vom Grundsatz aus § 129 InsO ausnahmsweise nicht bereits jede Rechtshandlung als Anfechtungsobjekt ausreichen lassen, sondern die Anforderungen an eine anfechtbare Rechtshandlung weiter ausbauen. In diesem Sinne enthalten die §§ 132 Abs. 1, 133 Abs. 2, 134 InsO die Sonderfälle des Rechtsgeschäfts, des Vertrages sowie der Leistung. Diese Sonderfälle knüpfen als einzelne Tatbestandsmerkmale an die allgemeinen Voraussetzungen einer Rechtshandlung an, indem sie im Lichte ihrer jeweiligen Wertung die erforderliche Verhaltensform weiter präzisieren. Gerade vor diesem Hintergrund sollen sie folgend bereits erörtert werden.

### **aa) Rechtsgeschäft (§ 132 Absatz 1 InsO)**

§ 132 Abs. 1 InsO konkretisiert die Verhaltensform der Rechtshandlung dahingehend, dass der Schuldner gerade ein *Rechtsgeschäft* vorgenommen haben muss. Im zivilrechtlichen Sinne sind Rechtsgeschäfte eine oder mehrere private Willenserklärungen, an welche die Rechtsordnung den Eintritt des in der Willenserklärung bezeichneten rechtlichen Erfolges knüpft.<sup>940</sup> Wie gesehen wird in der Literatur teilweise vertreten, dass der Begriff des Rechtsgeschäfts in § 132 Abs. 1 InsO enger als im Zivilrecht ausgelegt werden müsse und insbesondere Erfüllungsgeschäfte nicht erfasse.<sup>941</sup> Während diese Ansicht jedoch in erster Linie auf die Vorgängervorschrift des § 30 Nr. 1 Fall 1 KO zurückzuführen ist und aus gegenwärtiger Sicht nicht mehr überzeugen kann, muss für das heutige Verständnis des Begriffs des Rechtsgeschäfts vielmehr auf den neu eingefügten Absatz 2 von § 132 InsO zurückgegriffen werden.

Denn wie schon in der Ausgangslage erwähnt wurde, soll Absatz 2 von § 132 InsO gerade einen »Auffangtatbestand« zu Absatz 1 darstellen.<sup>942</sup> Dies kann allein in der Weise verstanden werden, dass Absatz 2 die hinter Absatz 1 stehende Wertung verallgemeinern und auf weitere Konstellationen erstrecken soll; die gegenteilige Ansicht führte wie gesehen zu einer »eher diffus« anmutenden künstlichen Aufspaltung des § 132 InsO.<sup>943</sup> Stattdessen ist die Vorschrift nach hier vertretener Ansicht als *Gesamt*tatbestand zu lesen, bei dem das Rechtsgeschäft nur eine mögliche Erscheinungsform der insgesamt von § 132 InsO erfassten Rechtshandlungen darstellt. Deshalb ist als Ausgangspunkt der Auffangtatbestand aus Absatz 2 für das Verständnis des Begriffs des Rechtsgeschäfts aus Absatz 1 heranzuziehen.

### **(1) Zivilrechtliche Beständigkeit der Rechtswirkungen in § 132 Absatz 2 InsO**

§ 132 Abs. 2 InsO bezieht sich seinem Wortlaut nach auf Rechtshandlungen, durch die der Schuldner ein Recht verliert oder nicht mehr geltend machen kann oder durch die ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn erhalten oder durchsetzbar wird. Dabei wollte der Gesetzgeber durch § 132 Abs. 2 InsO in Verbindung mit § 129 Abs. 2 InsO insbesondere Unterlassungen erfassen, durch welche ein Rechtsgeschäft regelmäßig nicht vorgenommen werden kann und bezüglich derer ohne den Auffangtatbestand des Absatzes 2 eine Regelungslücke bestünde.<sup>944</sup> Als Beispielsfälle führt die Begründung des Regierungsentwurfs Konstellationen an, in denen der Schuldner durch die Unterlassung eines nicht nachholbaren Einschreitens seine bereits bestehenden Rechte beeinträchtigt beziehungsweise seine schon bestehenden

---

<sup>940</sup> Palandt/*Ellenberger*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn. 2.

<sup>941</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)e)cc)(2), Seite 117.

<sup>942</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)e)aa), Seite 113.

<sup>943</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)e)bb), Seite 113 f.

<sup>944</sup> Nach der Konkursordnung konnten sie nur mit der Absichtsanfechtung gemäß § 31 KO angefochten werden. Vgl. Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 12.

Verbindlichkeiten stärkt.<sup>945</sup> Es handelt sich klassischerweise um Fälle, in denen der Schuldner einen ihm günstigen Wechselprotest oder eine Unterbrechung der Verjährung unterlässt, beziehungsweise eine ihm günstige zivilrechtliche Anfechtung oder Einrede der Verjährung nicht vornimmt.<sup>946</sup>

Diese Versäumnisse des Schuldners haben eins gemeinsam: In jedem dieser Fälle sind die zugunsten des Anfechtungsgegners eingetretenen Rechtswirkungen in ihrer zivilrechtlichen Beständigkeit geschützt, so dass das Schuldnervermögen zivilrechtlich dauerhaft belastet wird. In eben diesem Sinne führt die Begründung des Regierungsentwurfs aus, dass der »durch eine Rechtshandlung (Unterlassung) nach Absatz 2 Begünstigte [...] grundsätzlich darauf vertrauen können [muss], daß es bei der eingetretenen Rechtsfolge bleibt.«<sup>947</sup> Besteht folglich in den Fällen des Absatzes 2 ein zivilrechtlicher Vertrauenstatbestand, ist gerade in solchen Konstellationen die Ermöglichung einer Anfechtung auch sinnvoll, weil eine Rückabwicklung zulasten des Gegners ansonsten nicht durchgesetzt werden könnte. Wenn diese Erweiterung der Anfechtbarkeit auf zivilrechtlich geschützte Rechtswirkungen jedoch mittels eines Auffangtatbestands in Absatz 2 von § 132 InsO geschieht, spiegelt sich eben im Umstand der zivilrechtlichen *Beständigkeit* zugleich die übergreifende Erwägung des Gesetzgebers wider, auf die es im Allgemeinen für das Anfechtungsobjekt nach § 132 InsO offenbar ankommen soll und welche deshalb auch für das Verständnis des Rechtsgeschäfts in Absatz 1 gelten muss.

## (2) Übertragung auf § 132 Absatz 1 – § 132 InsO als Gesamttatbestand

Und tatsächlich lässt sich ein solches Verständnis auf § 132 Abs. 1 InsO problemlos übertragen. Denn vergleichbar zu den Unterlassungen des Absatzes 2 schaffen Rechtsgeschäfte des Schuldners als privatautonome Gestaltung der Rechtslage hinsichtlich der Beständigkeit ihrer Rechtswirkungen grundsätzlich ebenso einen zivilrechtlichen Vertrauenstatbestand, von dem sich der Schuldner als Handelnder nicht mehr ohne weiteres lösen kann.<sup>948</sup> In der Konsequenz ist es nach hier vertretener Auffassung möglich, § 132 InsO als einen Gesamttatbestand zu verstehen, der in seinen Absätzen 1 und 2 eben solche Rechtshandlungen erfassen soll, bei denen der Anfechtungsgegner nach den Vorschriften des Zivilrechts auf die Beständigkeit ihrer Rechtswirkungen vertrauen durfte und deren Rückabwicklung deshalb eine Anfechtung erfordert.

Dabei fügt sich ein solches Verständnis nicht zuletzt auch in die hier vertretene Parallelwertung der Anfechtungstatbestände nahtlos ein. Denn beinhaltet § 132 InsO als Ausdruck dieser Wertung eine normative Kenntnis des Gegners von der Gläubigerbenachteiligung, hat die Normativierung ihren tieferen Grund wie bereits erwähnt darin, dass eine solche Kenntnis zum Zeitpunkt der Rechtshandlung stets eine subjektive Prognose beinhaltet.<sup>949</sup> Der dabei anzuerkennende Prognosespielraum des Gegners wird allerdings durch die zivilrechtliche Dauerhaftigkeit der Rechtswirkungen reduziert, weil auf deren Beständigkeit der Gegner dann nicht nur vertrauen durfte, sondern umgekehrt mit dieser freilich ebenso *rechnen* musste. Insofern stellt die zivilrechtliche Beständigkeit also einen objektiven Umstand dar, welcher für die Beurteilung der »den Umständen nach« bestehenden normativen Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung einen bedeutsamen Beitrag leisten kann.<sup>950</sup>

<sup>945</sup> Begründung zum RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159.

<sup>946</sup> Wie vorherige Fn. Vgl. auch Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 13.

<sup>947</sup> Begründung zum RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159 f.

<sup>948</sup> Vgl. etwa MüKo/*Säcker*, BGB, Einl. Rn. 176 ff.; Palandt/*Ellenberger*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn. 1.

<sup>949</sup> Siehe bereits unter C.I.3)c)aa)(1), Seite 156 und noch ausführlicher unter C.II.3)a)bb)(1), Seite 228 ff.

<sup>950</sup> Siehe dazu im Näheren noch unter C.II.2)b)aa), Seite 222 sowie unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(bb)(aaa), Seite 239.



**(a) Insbesondere Erfüllungsgeschäfte**

Damit ist allerdings auch die umstrittene Frage beantwortet, ob Erfüllungsgeschäfte als Rechtsgeschäfte von § 132 InsO tatbestandlich auszuklammern sind.<sup>951</sup> Denn der größte zivilrechtliche Vertrauenstatbestand besteht für den Anfechtungsgegner gerade dann, wenn durch die vorgenommene Rechtshandlung des Schuldners ein Anspruch des Schuldners gemäß §§ 362 ff. BGB erfüllt wird. Ist dieser Anspruch wirksam, so dass der Anfechtungsgegner zivilrechtlich seine Begünstigung eigentlich behalten darf, ist teleologisch kein Grund ersichtlich, um Erfüllungsgeschäfte von § 132 InsO auszuschließen, sondern müssen diese vielmehr erst recht erfasst sein. Lediglich wird § 132 InsO bei Erfüllungsgeschäften im Zweipersonenverhältnis durch einen Anwendungsvorrang der Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO als *lex specialis* verdrängt.

Eine eigenständige Relevanz erlangt § 132 InsO jedoch bei Erfüllungsgeschäften im Dreipersonenverhältnis. Denn wie bereits in der Ausgangslage dargestellt wurde,<sup>952</sup> erfordern die §§ 130, 131 InsO, dass es sich beim Anfechtungsgegner um einen Insolvenzgläubiger handelt. In der Folge sind insbesondere Erfüllungsgeschäfte, welche der Schuldner gegenüber einem Drittgläubiger vorgenommen hat, von der Deckungsanfechtung nicht erfasst. Für diese Konstellationen kann § 132 InsO folglich als Auffangtatbestand der §§ 130, 131 InsO fungieren und ist daher insbesondere bei mittelbaren Zuwendungen für den Anfechtungsanspruch des Mittelvermögens gegen den Empfänger zumindest rechtstheoretisch wie gesehen von einiger Wichtigkeit.<sup>953</sup>

**(b) Rechtsgeschäfte ohne zivilrechtlichen Vertrauenstatbestand**

Der von § 132 InsO implizierte zivilrechtliche Vertrauenstatbestand führt bei genauerer Betrachtung allerdings auch nach hier vertretener Auffassung zu einer Einschränkung des anfechtungsrechtlichen Begriffs des Rechtsgeschäfts gegenüber dem Zivilrecht. Denn zivilrechtlich ist es im Einzelfall auch bei Rechtsgeschäften ausnahmsweise noch möglich, dass das Vertrauen des Gegners in den Bestand der Rechtswirkungen nicht oder nur eingeschränkt geschützt wird. Dabei kann ein solch fehlender zivilrechtlicher Vertrauensschutz insbesondere aus der Nichtigkeit, Rechtsgrundlosigkeit oder Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts folgen. Obwohl auch solche Rechtsgeschäfte vom zivilrechtlichen Begriff des Rechtsgeschäfts erfasst sind,<sup>954</sup> fallen sie nach dem bisher Gesagten allerdings nicht unter das Rechtsgeschäft gemäß § 132 Abs. 1 InsO.

Indessen ist dies für einen lückenlosen Schutz der Gläubiger auch nicht notwendig. Denn insbesondere bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften sieht das Anfechtungsrecht bereits den Sondertatbestand des § 134 InsO vor, welcher jedoch nach der hier vertretenen Auffassung allgemein auf alle Konstellationen anzuwenden ist, in denen für den Anfechtungsgegner bereits zivilrechtlich kein Vertrauenstatbestand besteht.<sup>955</sup> In diesem Sinne ist der Begriff der Unentgeltlichkeit in § 134 InsO anfechtungsspezifisch auszulegen und umfasst insbesondere auch einen rechtsgrundlosen Erwerb, da der Gegner für einen solchen Erwerb mangels eines Rechtsgrundes keine Gegenleistung zu erbringen hat.<sup>956</sup> Soweit im Einzelfall selbst ein nichtiges Rechtsgeschäft für seine Rückabwicklung noch einer Anfechtung bedarf,<sup>957</sup> ist § 134 In-

---

<sup>951</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)e)cc)(2), Seite 117.

<sup>952</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)e)cc), Seite 115.

<sup>953</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(b)(aa)(bbb), Seite 197.

<sup>954</sup> Selbst das nichtige Rechtsgeschäft ist zivilrechtlich ein Rechtsgeschäft, vgl. nur Palandt/*Ellenberger*, BGB, Überbl. v. § 104 Rn. 3.

<sup>955</sup> Siehe dazu noch ausführlich unter C.II.3)b)aa)(1), Seite 273 ff.

<sup>956</sup> Siehe dazu noch unter C.II.3)b)aa)(1)(b), Seite 275.

<sup>957</sup> Dies wird eher selten der Fall sein. Siehe zu den denkbaren Konstellationen aber MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 134 f. sowie Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 116 f.

sO für dieses erst recht anwendbar, so dass es auch insofern auf eine Heranziehung des § 132 InsO nicht mehr ankommen muss.

**bb) Vertrag (§ 133 Absatz 2 InsO)**

Als Sonderfall des Rechtsgeschäfts wird in § 133 Abs. 2 InsO ein »Vertrag« gefordert. Sein Zweck liegt wie in § 132 Abs. 1 InsO in der Begründung rechtsgeschäftlicher Rechtswirkungen, auf die der andere Teil aufgrund der zivilrechtlichen Beständigkeit der Rechtshandlung einerseits grundsätzlich vertrauen darf, mit der er andererseits aber auch rechnen muss. Dabei handelt es sich gemäß dem Wortlaut der Vorschrift stets um einen entgeltlichen Vertrag, so dass der zivilrechtliche Vertrauenstatbestand weder durch die Konstellation der Unentgeltlichkeit noch durch die der Rechtsgrundlosigkeit wieder untergraben werden kann. Während insofern eine Abgrenzung zum zivilrechtlichen Vertragsbegriff also schon nicht erforderlich ist, muss nach dem zuvor Gesagten allerdings ein nichtiger Vertrag von § 133 Abs. 2 InsO ausgeschlossen sein, so dass im etwaigen Bedarfsfall vielmehr auf § 134 InsO zurückzugreifen ist.

**cc) Leistung (§ 134 InsO)**

Basiert § 134 InsO als Sondertatbestand nach hier vertretener Ansicht wiederum auf dem Rechtsgedanken einer bereits zivilrechtlich fehlenden Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgenerators, spiegelt sich im Wortlaut des § 134 InsO insbesondere die enge Verwandtschaft zum rechtsgrundlosen Erwerb wider, wenn dort wie in § 812 BGB von »Leistungen« die Rede ist. Während die Vorgängervorschrift des § 32 KO noch auf »Verfügungen« abstellte, allerdings bereits die damals herrschende Meinung den Anwendungsbereich über Verfügungsgeschäfte hinaus erweiterte,<sup>958</sup> ist die heutige Nutzung des Begriffs der Leistung nach dem soeben Gesagten zwar sachgerecht.<sup>959</sup> Jedoch muss der anfechtungsrechtliche Leistungsbegriff gegenüber seinem bereicherungsrechtlichen Pendant etwas enger gefasst werden.

Denn bildet bereicherungsrechtlich schon jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens eine Leistung,<sup>960</sup> hat die anfechtungsrechtliche Rechtshandlung allerdings anders als das Bereicherungsrecht zugleich die Belastung des Schuldnervermögens zur allgemeinen Voraussetzung. Deshalb ist für das Vorliegen einer Leistung im Sinne des § 134 InsO ergänzend zu fordern, dass das Schuldnervermögen auf der Kehrseite der Leistung verringert werden musste, so dass für eine Leistung gerade eine Verschiebung von Vermögenswerten stattgefunden haben muss. Bleibt das Schuldnervermögen hingegen unberührt, liegt schon kein taugliches Anfechtungsobjekt und insofern auch keine Leistung im Sinne des § 134 InsO vor.

**dd) Zwischenfazit**

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass die Sonderfälle der Rechtshandlung aus §§ 132 Abs. 1, 133 Abs. 2, 134 InsO der Wertung des jeweiligen Anfechtungstatbestandes Rechnung tragen und die Voraussetzungen an das Anfechtungsobjekt bereits im Sinne eines in sich abgestimmten Gesamtsystems weiter ausbauen. Insofern hat sich insbesondere für die von § 132 InsO erfassten Rechtshandlungen gezeigt, dass sie sowohl in Absatz 1 als auch in Absatz 2 eine zivilrechtliche Beständigkeit implizieren und sich damit gleich in zweierlei Hinsicht mit dem Anwendungsbereich der übrigen Tatbestände ergänzen. Denn für Erfüllungsgeschäfte im Dreipersonenverhältnis fungiert § 132 InsO somit als Auffangtatbestand der §§ 130, 131 In-

<sup>958</sup> Siehe nur die Begründung zum RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 160; vgl. auch BGH, NJW-RR 2014, 940 Rn. 10.

<sup>959</sup> Vgl. auch *Prütting*, KTS 2005, 253, 255, der eine Vergleichbarkeit mit dem Bereicherungsrecht sieht.

<sup>960</sup> Palandt/*Sprau*, BGB, § 812 Rn. 3.

sO, wohingegen er aufgrund des von ihm vorausgesetzten zivilrechtlichen Vertrauensschutzes wiederum das Gegenstück zu den Rechtshandlungen aus § 134 InsO bildet.

Wenn die zivilrechtliche Beständigkeit der eingetretenen Rechtswirkungen allerdings nicht nur einen Vertrauensschutz begründet, sondern umgekehrt ebenso dazu führt, dass der Anfechtungsgegner mit deren Dauerhaftigkeit gerade rechnen muss, wird dadurch schließlich im Sinne der Parallelwertung der Tatbestände ein objektiver Umstand festgelegt, welcher für die Prognose einer Gläubigerbenachteiligung zum Zeitpunkt der Rechtshandlung wiederum eine wichtige Rolle spielt. Wann eine solche Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Rechtshandlung im weiteren Verlauf tatsächlich eintritt, soll im Folgenden erörtert werden.

## 2) Die Ebene der Gläubigerbenachteiligung

Liegt eine Rechtshandlung vor, ist damit nach dem hier vertretenen Ansatz zugleich festgestellt worden, dass das Schuldnervermögen belastet wurde. Noch nicht gesagt ist damit allerdings, ob gemäß § 129 Abs. 1 InsO schließlich auch eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Rechtshandlung eingetreten ist. Vielmehr kommt es diesbezüglich erst in der anschließenden Situation des Gläubigerzugriffs auf das Schuldnervermögen, das heißt der Haftungsrealisierung, zum Schwur. Insofern bedarf es also eines eigenständigen Prüfungspunktes, welcher einerseits die weitere Entwicklung zwischen der Rechtshandlung und der Haftungsrealisierung berücksichtigt und andererseits auch die Vorteile miteinbezieht, welche das Schuldnervermögen durch die Rechtshandlung als Ausgleich für die Vermögensbelastung erlangt haben kann.

### a) Minderung der Quote

Die im anfechtungsrechtlichen Sinne bestehende Benachteiligung der Gläubiger setzt voraus, dass aufgrund der Rechtshandlung der Zugriff auf das Schuldnervermögen für die Gläubiger beeinträchtigt ist.<sup>961</sup> Weil die Anfechtung selbst wiederum ein staatliches Vollstreckungsverfahren erfordert, erfolgt der entscheidende Zugriff auf das Schuldnervermögen für die Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO allerdings erst im Insolvenzverfahren.<sup>962</sup> Daraus folgt einerseits, dass es im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO auf die insofern stets längerfristigen Auswirkungen der Rechtshandlung ankommt, so dass die Gläubigerbenachteiligung naturgemäß zeitlich „mittelbar“ ist.<sup>963</sup> Andererseits lassen sich diese Auswirkungen im Insolvenzverfahren gerade an der Quote ablesen, welche die Gläubiger auf ihre Forderungen erhalten. Wenn diese Quote aufgrund der Rechtshandlung gemindert ist, sind die Gläubiger im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO also benachteiligt.

Weil Insolvenzforderungen gemäß § 45 InsO stets auf einen Geldbetrag gerichtet sind, bedeutet die Quotenminderung nichts anderes als die Herbeiführung oder zumindest Erhöhung eines finanziellen Ausfalls der Gläubiger, so dass aufgrund der quotenmindernden Rechtshandlung ein rechtspraktischer Verstoß gegen die rechtstheoretische Unverletzlichkeit von Geldforderungen vorliegt. In der Konsequenz kann sich der Handelnde jedoch auf seine Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen nicht mehr berufen, so dass es nach der hier vertretenen Auffassung bereits gerechtfertigt werden kann, dass die den finanziellen Ausfall herbeiführende Rechtshandlung einer Anfechtung unterliegt.<sup>964</sup>

### aa) Abgrenzung zur Ungleichbehandlung der Gläubiger

Zwar liegt der Benachteiligung der Gläubiger in Form der Minderung ihrer Quote wiederum eine gleichmäßige Befriedigung zugrunde, während eine Bevorzugung einzelner Gläubiger typischerweise ebenfalls zu einer Quotenminderung führt. Jedoch darf deshalb die Gläubigerbenachteiligung mit einem Verstoß gegen die *par conditio creditorum* nicht verwechselt werden. Denn für die Benachteiligung ist der finanzielle Ausfall „an sich“ entscheidend, nicht hingegen, wie dieser unter den Gläubigern aufgeteilt wird. Dies liegt daran, dass die Prüfung der Nachteiligkeit einen wesentlichen Schritt früher ansetzt. Für die Gläubigerbenachteiligung ist nämlich entscheidend, dass der Zugriff auf das Schuldnervermögen im Vollstreckungsverfahren beeinträchtigt ist. Damit wird letztlich aber nur danach gefragt, welche Haftungsmasse zur Befriedigung der Gläubiger noch zur Verfügung steht, nicht hingegen, wie diese Masse – respektive ihr Verwertungserlös – unter den Gläubigern anschließend verteilt wird.

<sup>961</sup> Siehe bereits am Anfang unter B.I.2)a), Seite 24.

<sup>962</sup> Vgl. bereits unter C.I.3)a)aa), Seite 153.

<sup>963</sup> Siehe bereits am Anfang unter B.I.2)b)bb)(1), Seite 35.

<sup>964</sup> Siehe bereits unter C.I.2)c)cc), Seite 151.

Stellt sich im Vollstreckungsverfahren insofern also heraus, dass eine vermögensbelastende Rechtshandlung dazu geführt hat, dass die zu vollstreckenden Forderungen mangels ausreichender Haftungsmasse nicht mehr vollständig befriedigt werden können, liegt eine Gläubigerbenachteiligung folglich schon vor. Dann kann es allerdings nicht mehr auf den erst anschließenden Umstand ankommen, ob der hiermit verbundene Forderungsausfall von einem einzelnen Gläubiger zu tragen ist oder aufgrund der *par conditio creditorum* auch gleichmäßig zulasten aller Gläubiger geht. In beiden Fällen besteht jedenfalls eine Gläubigerbenachteiligung. Weil dabei der Forderungsausfall ohnehin nicht mehr als die äußere Erscheinungsform der Benachteiligung darstellt,<sup>965</sup> ändert sich also allein diese äußere Form, wenn sich aufgrund der *par conditio creditorum* die Gläubigerbenachteiligung letztlich in einer Quotenminderung manifestiert.

Dass die Benachteiligung der Gläubiger von ihrer Ungleichbehandlung also zu unterscheiden ist, macht sich auch immer dann bemerkbar, wenn die Benachteiligung tatsächlich nicht zu einer Ungleichbehandlung führt oder umgekehrt die Ungleichbehandlung nicht zu einer Benachteiligung. Denn genauso wie es nicht ausgeschlossen ist, dass die vermögensbelastende Rechtshandlung schlicht allgemein eine Minderung der Quote zur Folge hat, ohne dass damit auch die Bevorzugung eines Einzelgläubigers verbunden wäre,<sup>966</sup> ist es umgekehrt in bestimmten Fällen ebenso möglich, dass ein Einzelner bevorzugt wird, ohne dass den übrigen Gläubigern deshalb ein Nachteil entstünde. Eine solche Ungleichbehandlung der Gläubiger ohne deren Benachteiligung ist insbesondere denkbar, wenn die bevorzugte Befriedigung eines Einzelgläubigers über einen sogenannten Gläubigertausch erfolgte, der für die übrigen Gläubiger wirtschaftlich neutral ist.<sup>967</sup>

Ein wirtschaftlich neutraler Gläubigertausch kann vor allem bei mittelbaren Zuwendungen vorkommen, wenn der einzelne Gläubiger seine Befriedigung über eine Mittelsperson des Schuldners erhält, welche für den Schuldner in Vorleistung getreten ist (sogenannte Anweisung auf Kredit).<sup>968</sup> Denn während die anderen Gläubiger hier keine Befriedigung erhalten, so dass der einzelne Gläubiger ihnen gegenüber bevorzugt wird, tritt die Mittelsperson mit ihrem Ausgleichsanspruch gegen den Schuldner wiederum nur an die Stelle des bevorzugten Gläubigers.<sup>969</sup> Ist die Mittelsperson nicht besser gesichert als der bevorzugte Gläubiger, hat dieser Gläubigertausch für die übrigen Gläubiger keine nachteilhaften Auswirkungen.<sup>970</sup>

Kann es also im Einzelfall an einem Gleichlauf zwischen der Ungleichbehandlung der Gläubiger und deren Benachteiligung durchaus fehlen, muss sich in solchen Konstellationen jedoch offenbaren, von welchem Kriterium die Rechtfertigung einer Insolvenzanfechtung in Wahrheit abhängig ist. Der Wortlaut des Gesetzes ist hier äußerst eindeutig: Gemäß § 129 Abs. 1 InsO ist allein auf die Benachteiligung der Gläubiger abzustellen. Die herrschende Meinung geht dementsprechend vollkommen zu Recht davon aus, dass eine Anfechtung gegen den bevorzugten Einzelgläubiger bei einem wirtschaftlich neutralen Gläubigertausch ausscheidet, weil trotz der Ungleichbehandlung eine Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129

<sup>965</sup> Vgl. schon unter B.I.2)b)bb)(1), Seite 35.

<sup>966</sup> So insbesondere bei Vermögensverschiebungen an einen Nicht-Gläubiger, vgl. nur *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 71.

<sup>967</sup> *Jaeger/Henckel*, InsO, § 129 Rn. 81; *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, InsO, § 145 Anh. I Rn. 23; *MüKo/Kayser*, InsO, § 129 Rn. 101a; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 223 und 273; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 141; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 882. So zwar auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.23; anders aber *ders.*, KTS 2007, 423.

<sup>968</sup> *Jaeger/Henckel*, aaO; *Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann*, aaO; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 273; *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 142.

<sup>969</sup> *MüKo/Kayser*, aaO; *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, aaO.

<sup>970</sup> Anderes gilt hingegen, wenn der Mittelsperson in der Insolvenz des Schuldners eine bessere Stellung zukommt, als dem befriedigten Gläubiger. Vgl. dazu im Einzelnen *Uhlenbruck/Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 223 ff.

Abs. 1 InsO nicht eintritt.<sup>971</sup> Ein solches Ergebnis lässt sich mit der klassischen Vorstellung der Gläubigergleichbehandlung als dem normativen Rechtfertigungsgrund der Insolvenzanfechtung freilich nicht mehr vereinbaren. Stattdessen wird deutlich, dass für die Rechtfertigung einer Anfechtbarkeit gemäß § 129 Abs. 1 InsO allein maßgeblich ist, ob die Gläubiger benachteiligt sind, nicht hingegen, ob diese ungleich behandelt werden.

#### **bb) Abgrenzung zur unmittelbaren Nachteiligkeit und zu Bargeschäften**

Da für die Gläubigerbenachteiligung wiederum entscheidend ist, ob der Zugriff auf das Schuldnervermögen gerade im Vollstreckungsverfahren beeinträchtigt ist, kann eine solche Zugriffsbeeinträchtigung auch erst im Vollstreckungsverfahren vorliegen. Das heißt für die Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO, dass diese vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens allerdings noch nicht eingetreten sein kann, so dass sie zum Zeitpunkt der Rechtshandlung entgegen der herrschenden Meinung weder unmittelbar hervorgerufen,<sup>972</sup> noch durch ein Bargeschäft ausgeschlossen worden sein kann.<sup>973</sup> Vielmehr sind die Begriffe der unmittelbaren Nachteiligkeit gemäß §§ 132, 133 Abs. 2 InsO und des Bargeschäfts gemäß § 142 InsO strikt zu unterscheiden von der Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 Abs. 1 InsO.

Eine Verbindung besteht nach hier vertretener Auffassung lediglich darin, dass die unmittelbare Nachteiligkeit sowie das Bargeschäft die objektive *Gefahr* einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO beeinflussen. Denn ist eine Rechtshandlung unmittelbar nachteilig, wurde bereits in der Ausgangslage dargestellt, dass sie »selbst« noch keinen Ausgleich für die eingetretene Vermögensbelastung beinhaltet,<sup>974</sup> weshalb das Risiko einer anschließenden Gläubigerbenachteiligung erhöht wird. Eine umgekehrte Tendenz kommt wiederum dem Bargeschäft zu, indem für die nachteilige Rechtshandlung im unmittelbaren Anschluss eine gleichwertige Gegenleistung erbracht wird, welche im späteren Insolvenzverfahren die Quote der Gläubiger aufrechterhalten könnte.<sup>975</sup>

Aufgrund dieser objektiven Tendenz bilden die unmittelbare Nachteiligkeit sowie das Bargeschäft wichtige Anhaltspunkte, welche für die normative Anerkennung der subjektiven Prognose einer Gläubigerbenachteiligung herangezogen werden können. Deshalb erhalten sie nach der hier vertretenen Konzeption ihre eigentliche Relevanz, wenn es zu beurteilen gilt, ob »den Umständen nach« der Anfechtungsgegner bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung eine Kenntnis von der anschließenden Gläubigerbenachteiligung hatte und daher im anfechtungsrechtlichen Sinne bösgläubig war, obwohl ihm eine positive Kenntnis nicht nachgewiesen werden kann. Eine solche Bewertung vorzunehmen ist allerdings nicht die Aufgabe des § 129 Abs. 1 InsO, sondern erst diejenige der Anfechtungstatbestände.

Demgemäß stellt die unmittelbare Nachteiligkeit allein ein Tatbestandsmerkmal der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO dar, während auch das Bargeschäft gemäß § 142 InsO erst der Ebene der Tatbestände zuzuordnen ist. Dabei ist es trotz der objektiven Tendenz der unmittelbaren

<sup>971</sup> So bereits RGZ 48, 148 und auch noch BGH, NJW 2007, 1357 Rn. 11. Siehe auch HK/*Kreft*, InsO, § 129 Rn. 40; Jaeger/*Henckel*, aaO; Kübler/*Prütting/Bork/Brinkmann*, aaO; MüKo/*Kayser*, aaO; Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 273; *Wazlawik*, NZI 2010, 881, 882. Andere Ansicht aber *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 119 ff.; *Marotzke*, ZInsO 2007, 897, 899 f., die aufgrund einer normativen Betrachtung eine Benachteiligung der Gläubiger bejahen möchten; sowie *Häsemeyer*, KTS 2007, 423, 427, nach dem der Schuldner seine Gläubiger aufgrund des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung nicht austauschen dürfe. Die herrschende Meinung ablehnend deshalb auch *Neyses*, Mehrpersonenverhältnisse, S. 149 ff.

<sup>972</sup> Siehe zum Tatbestandsmerkmal der unmittelbaren Nachteiligkeit schon ausführlich unter B.I.2)b), Seite 28 ff.

<sup>973</sup> Siehe zum Verhältnis des Bargeschäfts zur Gläubigerbenachteiligung schon unter B.I.2)c)cc)(2), Seite 42 ff.

<sup>974</sup> Siehe dazu unter B.I.2)b)bb)(2), Seite 36 f.

<sup>975</sup> Vgl. dazu bereits umrisshaft unter B.IV.2)f)cc), Seite 122 f.

Nachteiligkeit und jener des Bargeschäfts jeweils wiederum eine andere Frage, welche Auswirkungen diese im Insolvenzverfahren schließlich tatsächlich hervorrufen. Dieser Unterschied lässt sich im Folgenden insbesondere an der Prüfung des Kausalzusammenhangs zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO verdeutlichen.

#### **b) Kausalzusammenhang zur Rechtshandlung**

Um sicherzustellen, dass die Rechtshandlung die Gläubiger tatsächlich benachteiligt, gilt es in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Quotenminderung gerade durch die Rechtshandlung – und nicht etwa durch andere Ursachen – hervorgerufen wurde. Denn obwohl die Rechtshandlung nach der hier vertretenen Konzeption stets zu einer Belastung des Schuldnervermögens führt, kommen vor allem noch zwei Ausschlussgründe in Betracht, welche einem Kausalzusammenhang zwischen Rechtshandlung und Gläubigerbenachteiligung entgegenstehen: Erstens könnte die Vermögensbelastung aufgrund der weiteren Entwicklung bis zum Insolvenzverfahren schlicht nicht mehr fort dauern. Zweitens könnten für das Schuldnervermögen aufgrund der Rechtshandlung jedoch auch ausgleichende Vorteile eingetreten sein, welche die Quote der Insolvenzgläubiger trotz der Vermögensbelastung aufrechterhalten.

Infolgedessen erlangt die Frage nach einem Kausalzusammenhang zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung auch nach der hier vertretenen Auffassung noch eine selbständige Bedeutung. Dabei ist entgegen der herrschenden Meinung jedoch nicht zu prüfen, ob die Gläubigerbenachteiligung „unmittelbar“ oder „mittelbar“ eingetreten ist,<sup>976</sup> denn die unmittelbare Nachteile stellt wie gesehen keine Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO dar. Auch der Risikozusammenhang hat im Rahmen der Gläubigerbenachteiligung keine Relevanz. Denn es ist gerade das typische Risiko einer vermögensbelastenden Rechtshandlung, dass sie die Gläubiger benachteiligt. Deshalb besteht – insofern durchaus wieder im Einklang mit der herrschenden Meinung – auch nach der hiesigen Konzeption bei der Prüfung eines Kausalzusammenhangs zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung kein Raum mehr für weitere wertende Einschränkungen; insbesondere wird die Frage der objektiven und subjektiven Vorhersehbarkeit der Gläubigerbenachteiligung erst durch die Anfechtungstatbestände adressiert.<sup>977</sup>

#### **aa) Unbeständige Belastung des Schuldnervermögens**

An einer noch fort bestehenden Belastung des Schuldnervermögens kann es insbesondere mangeln, wenn die Rechtshandlung schon zivilrechtlich keinen Bestandsschutz beanspruchen konnte, so dass der belastende Vermögensvorgang bereits vor der Verfahrenseröffnung rückabgewickelt wurde. Die herrschende Meinung geht in solchen Konstellationen der Unbeständigkeit der Vermögensbelastung von einem »nachträglichen Entfallen« der Gläubigerbenachteiligung aus,<sup>978</sup> was freilich darauf basiert, dass die Gläubigerbenachteiligung mit der Vermögensbelastung vermengt wird und deshalb im Vorfeld bereits bejaht werden musste. Hingegen wurde nach der hier vertretenen Konzeption mit der Vermögensbelastung lediglich eine Rechtshandlung vorgenommen, die jedoch durch den weiteren Verlauf eine erst anschließende Gläubigerbenachteiligung nicht mehr verursacht. Das heißt, selbst wenn die Rechtshandlung gemäß §§ 132, 133 Abs. 2 InsO unmittelbar nachteilig ist, kann aufgrund einer Unbeständigkeit der Vermögensbelastung eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 Abs. 1 InsO gleichwohl ausbleiben.

---

<sup>976</sup> So aber die herrschende Meinung. Vgl. nur Braun/*de Bra*, InsO, § 129 Rn. 42; Kübler/Prütting/Bork/*Ehricke*, InsO, § 129 Rn. 90; Nerlich/Römermann/*Nerlich*, InsO, § 129 Rn. 70 ff.; Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 234.

<sup>977</sup> Insofern auch BGH, NJW 2000, 1259, 1261; MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 169; Nerlich/Römermann/*Nerlich*, InsO, § 129 Rn. 70.

<sup>978</sup> MüKo/*Kayser*, InsO, § 129 Rn. 177 f.; Uhlenbruck/*Hirte/Ede*, InsO, § 129 Rn. 257. Vgl. auch bereits unter B.I.2)b)aa)(3), Seite 33 f.

Indessen wird eine solche Unbeständigkeit der Vermögensbelastung in den von §§ 132, 133 Abs. 2 InsO geregelten Konstellationen wiederum eine Ausnahme sein. Denn wie gesehen ist es die Eigenart der von §§ 132, 133 Abs. 2 InsO erfassten Rechtshandlungen, dass sie nach der hier vertretenen Konzeption einen zivilrechtlichen Vertrauenstatbestand enthalten, welcher eine zivilrechtliche Unbeständigkeit der Vermögensbelastung gerade ausschließt.<sup>979</sup> Obwohl die unmittelbare Nachteiligkeit den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO noch nicht begründen kann, wird ihre dahingehende negative Tendenz also von den übrigen Tatbestandsmerkmalen der §§ 132, 133 Abs. 2 InsO nochmals verstärkt.

### **bb) Ausgleich der Belastung des Schuldnervermögens**

Ist die Belastung des Schuldnervermögens bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens beständig, kann eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO noch ausgeschlossen werden, wenn die Vermögensbelastung durch Vorteile der Rechtshandlung wieder ausgeglichen wurde. Regelmäßig handelt es sich bei dem ausgleichenden Vorteil um eine unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung des Anfechtungsgegners. Gerade eine solche ist nach dem Wortlaut des § 142 InsO auch die Voraussetzung eines Bargeschäfts. Bei genauerer Betrachtung bestehen dabei jedoch einige Unterschiede, so dass trotz des Vorliegens eines Bargeschäfts der spätere Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO noch möglich ist.

#### **(1) Beständigkeit des Ausgleichs**

Damit eine Gegenleistung die Quote im Insolvenzverfahren aufrechterhalten kann, ist in erster Linie vorauszusetzen, dass der Vermögensvorteil als Ausgleich im Insolvenzverfahren noch vorhanden ist. Denn genauso, wie nur eine beständige Vermögensbelastung die Quote mindern kann, kann auch nur eine beständige Gegenleistung diese aufrechterhalten. Dementsprechend sind Vermögensvorteile, welche bis zur Verfahrenseröffnung wieder verlorengehen oder aber an Wert verlieren, nicht geeignet, eine Gläubigerbenachteiligung auszuschließen. Vielmehr kommt es für den Ausschluss einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO entscheidend auf die weitere Entwicklung der Gegenleistung an.

Darin liegt ein wichtiger Unterschied zu § 142 InsO, denn im Rahmen eines Bargeschäfts ist einhellig anerkannt, dass das weitere Schicksal der Gegenleistung im Grundsatz unerheblich ist.<sup>980</sup> Klassischerweise soll dies damit begründet werden, dass bei einem Bargeschäft nur die unmittelbare, nicht aber die mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausgeschlossen sei.<sup>981</sup> Allerdings ist nach der hier vertretenen Auffassung das Bargeschäft auch vom Begriff der unmittelbaren Nachteiligkeit zu trennen. Denn wenn es für die »Unmittelbarkeit« bei der unmittelbaren Nachteiligkeit gemäß §§ 132, 133 Abs. 2 InsO wie gesehen allein darauf ankommt, ob die Rechtshandlung »selbst« eine gleichwertige Gegenleistung beinhaltet, reicht es für ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO hingegen wieder aus, dass die Gegenleistung nur *zeitlich* unmittelbar für die Rechtshandlung erbracht wird. Der Bezugspunkt des Begriffs der »Unmittelbarkeit« ist in § 132 InsO und § 142 InsO also unterschiedlich.<sup>982</sup>

#### **(2) Unmittelbares Anknüpfen des Ausgleichs**

Dabei ist die zeitliche Unmittelbarkeit des ausgleichenden Vorteils allerdings auch im Rahmen der Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO erforderlich. Denn wie bereits in der Ausgangslage dargestellt wurde, können ausgleichende Vorteile eine Gläubiger-

<sup>979</sup> Siehe bereits unter C.II.1)b)aa)(1), Seite 214 f.

<sup>980</sup> Vgl. nur Braun/Riggert, InsO, § 142 Rn. 3; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 10; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 142 Rn. 6; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 24.

<sup>981</sup> Siehe nur MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 11.

<sup>982</sup> Insofern auch Thole, Gläubigerschutz, S. 373.



benachteiligung lediglich dann ausschließen, wenn sie an die Rechtshandlung »unmittelbar anknüpfen«.<sup>983</sup> Zu Recht geht die herrschende Meinung hier von einer strengen Einzelsicht aus, die zeitlich mittelbare Folgevorteile – wie beispielsweise das gewinnbringende Weiterwirtschaften mit der Gegenleistung – als Ausgleich der Vermögensbelastung unberücksichtigt lässt.<sup>984</sup> Nach hiesiger Auffassung findet dies seinen tieferen Grund darin, dass solche Folgevorteile zum Zeitpunkt der Gegenleistung nur rechtlich ungesicherte Erwerbssaussichten darstellen. So wie der Verlust einer bloßen Erwerbssaussicht jedoch noch keine relevante Vermögensbelastung begründen kann,<sup>985</sup> ist die Einräumung einer solchen Chance auch nicht dazu geeignet, eine solche auszugleichen. Vielmehr können Folgevorteile allein insoweit berücksichtigt werden, wie auf diese bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung ein rechtlich gesicherter Anspruch begründet wird.

Die Voraussetzung eines unmittelbaren Anknüpfens an die Rechtshandlung hat nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht nur für spätere, sondern auch für früher entstandene Vorteile des Schuldnervermögens Konsequenzen. Denn wurde die Gegenleistung schon *vor* der Rechtshandlung erbracht, kann sie an diese bereits nicht „anknüpfen“, so dass sie auch keinen ausgleichenden Vorteil der Rechtshandlung darstellt. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Gegenleistung aufgrund eines vereinbarten Leistungsaustausches nur deshalb erfolgte, damit der Schuldner anschließend seine eigene Leistung vornimmt. Denn es entspricht gerade der Natur einer solchen Vorleistung, dass der Vorleistende das Risiko der Leistungsunfähigkeit des Schuldners zu tragen hat; eben deshalb stehen ihm die Einreden der §§ 320 f. BGB zu.<sup>986</sup> Verzichtet der Vorleistende auf diese, hat er sich hinsichtlich der nachträglichen Leistung des Schuldners eigenverantwortlich einem Insolvenzrisiko ausgesetzt. Eine Vorleistung ist deshalb von vornherein nicht dazu geeignet, eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO auszuschließen.

Insofern verdeutlicht sich jedoch abermals der Unterschied zum Bargeschäft nach § 142 InsO, weil in dessen Rahmen die zeitliche Unmittelbarkeit großzügiger gehandhabt wird. In diesem Sinne ist wie gesehen allgemein anerkannt, dass auch Vorleistungen als »unmittelbare« Gegenleistung in Betracht kommen können.<sup>987</sup> Der Ausschluss der Anfechtbarkeit beruht dann allerdings nicht auf einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO, sondern ausschließlich darauf, dass es einer wirtschaftlich vernünftigen Handlungsfähigkeit des Schuldners entgegenstünde, wenn der Vorleistende in solchen Fällen stets die Einreden der §§ 320 f. BGB erheben müsste, weil er in seinem Vertrauen nicht geschützt würde.<sup>988</sup>

### (3) Gleichwertigkeit des Ausgleichs

Der unmittelbar an die Rechtshandlung anknüpfende und bis zum Insolvenzverfahren beständige Vorteil muss schließlich auch gleichwertig zur verlorenen Vermögensposition sein, damit er im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO die Quote der Gläubiger aufrechterhalten kann. Diese Gleichwertigkeit bemisst sich an der Tauglichkeit der Gegenleistung zur Haftungsrealisierung und muss in dieser Hinsicht vollständig sein. Ist der erhaltene Vorteil hingegen nur teilweise dazu geeignet die Vermögensbelastung im Insolvenzverfahren auszugleichen, ist die

---

<sup>983</sup> Siehe bereits unter B.I.2)a)cc), Seite 26.

<sup>984</sup> Wie vorherige Fn.

<sup>985</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)aa), Seite 176 f.

<sup>986</sup> Vgl. nur MüKo/Emmerich, BGB, vor § 320 Rn. 16.

<sup>987</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)f)ff), Seite 125 f.

<sup>988</sup> Weil der Gegner durch die Vorleistung eigentlich allerdings das Risiko der Insolvenz des Schuldners tragen müsste, ist dieses Vertrauen aus seiner Sicht nicht schützenswert. Deshalb sind in solchen Konstellationen nach richtiger Ansicht zulasten des Gegners strengere Maßstäbe an den zeitlichen Zusammenhang des Bargeschäfts zu stellen. Siehe dazu noch unter C.II.3)a)cc)(1)(c)(bb)(bbb), ab Seite 260.

Rechtshandlung nach der zutreffenden herrschenden Ansicht insgesamt anfechtbar.<sup>989</sup> Denn bereits der Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO gestattet die Anfechtung nicht etwa lediglich „so weit“ eine Gläubigerbenachteiligung eingetreten ist.<sup>990</sup> Vielmehr stehen dem Anfechtungsgegner gemäß § 144 InsO Ausgleichsansprüche zu, falls die vollständige Rückgewähr der Leistung des Schuldners den Verlust des Schuldnervermögens aufgrund der Gegenleistung überkompensiert.<sup>991</sup>

Ob eine Gegenleistung tatsächlich gleichwertig ist, weil sie die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger vollständig aufrechterhält, kann wie die Beständigkeit der Gegenleistung erst in der Situation des Insolvenzverfahrens beurteilt werden. Während der nominelle Wert der Gegenleistung insofern nicht ausschlaggebend ist, hängt die abschließende Beurteilung der Gleichwertigkeit im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO nicht nur von der generellen wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Gegenleistung ab, sondern auch davon, welche konkrete Form der Verwertung im Insolvenzverfahren eigentlich angestrebt wird.<sup>992</sup>

Will der Insolvenzverwalter eines Unternehmens dieses beispielsweise nicht zerschlagen, sondern fortführen, ist er darauf angewiesen, dass das dazu notwendige Inventar weiterhin zur Verfügung steht. Daher nutzt es ihm wenig, wenn der Schuldner wichtiges Inventar bereits veräußert hatte, selbst wenn dabei ein für sich gesehen angemessener Kaufpreis erzielt wurde. Kann das Unternehmen ohne das veräußerte Inventar vielmehr nicht fortgeführt werden, sind die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger trotz des angemessenen Kaufpreises beeinträchtigt, so dass eine Gleichwertigkeit der Gegenleistung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO ausscheidet.

Eben darin besteht nach der hier vertretenen Konzeption wiederum ein wichtiger Unterschied zum Bargeschäft des § 142 InsO. Denn weil sich dessen Vorliegen nicht erst im Insolvenzverfahren, sondern bereits zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches beurteilt,<sup>993</sup> kann die Gleichwertigkeit der Gegenleistung nicht von der im Insolvenzverfahren konkret angestrebten Form der Verwertung abhängen. Stattdessen hat – anders als im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO – für ein Bargeschäft notwendigerweise eine pauschalisierte Bewertung zu erfolgen, für die bereits eine generelle Befriedigungstauglichkeit der Gegenleistung ausreichen muss.<sup>994</sup>

### c) **Zwischenfazit**

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass das Verständnis des Begriffs der Gläubigerbenachteiligung nach der hiesigen Konzeption gegenüber der traditionellen Sichtweise eine erhebliche Einengung erfährt, indem es auf den eigentlichen Kern des Begriffs, nämlich den finanziellen Ausfall im Insolvenzverfahren in Form der Minderung der Quote, zu reduzieren ist. Insofern ist nicht nur die vorgelagerte Belastung des Schuldnervermögens anstatt der Gläubi-

<sup>989</sup> HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 129 Rn. 60; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 102; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 143 Rn. 11b; Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 63. Nach den einzelnen Tatbeständen differenzierend hingegen Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 234.

<sup>990</sup> Treffend MüKo/Kayser, aaO; Kübler/Prütting/Bork/Ehrlicke, InsO, § 129 Rn. 85.

<sup>991</sup> HambKomm/Rogge/Leptien, aaO; MüKo/Kayser, aaO; Neyses, aaO. Siehe dazu auch bereits unter C.I.1)c), Seite 145.

<sup>992</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 120 a.E.

<sup>993</sup> MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 10; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 22.

<sup>994</sup> Siehe aber MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 9, nach dem selbst eine »Befriedigungstauglichkeit« der Gegenleistung als lediglich „mittelbarer“ Umstand bei Bargeschäften nicht erforderlich sei. Dem folgend im Ergebnis auch Lwowski/Wunderlich, FS Kirchhof (2003), 301, 307; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 25; HambKomm/Rogge/Leptien, InsO, § 142 Rn. 2; Kübler/Prütting/Bork/Ehrlicke, InsO, § 142 Rn. 3. Siehe zur Kritik aber bereits am Anfang unter B.I.2)b)aa)(2)(b), ab Seite 31 ff. Siehe zudem zur Gleichwertigkeit bei Bargeschäften noch unter C.II.3)a)cc)(1)(c)(bb)(aaa), ab Seite 259 ff.

gerbenachteiligung bereits dem Begriff der Rechtshandlung zuzuordnen, sondern sind auch die unmittelbare Nachteiligkeit aus §§ 132, 133 Abs. 2 InsO sowie das Bargeschäft nach § 142 InsO von einer Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO dogmatisch streng zu unterscheiden.

In diesem Sinne wurde aufgezeigt, dass sowohl die unmittelbare Nachteiligkeit einer Rechtshandlung als auch das Vorliegen eines Bargeschäfts lediglich die objektive Gefahr eines späteren Eintritts einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO beeinflussen. In dieser Funktion sind sie jedoch nicht als normativer Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit der Ebene der Gläubigerbenachteiligung zuzuordnen, sondern erst der anschließenden Ebene der Anfechtungstatbestände. Denn erhöhen oder reduzieren sie als objektive Umstände das Risiko eines finanziellen Ausfalls im späteren Insolvenzverfahren, sind sie lediglich dazu geeignet, im Rahmen der Tatbestände für die normative An- oder Aberkennung einer optimistischen Prognose des Anfechtungsgegners sachgerechte Kriterien in die Hand zu geben. Dem dabei verfolgten Regelungsmechanismus der Anfechtungstatbestände soll sich im Folgenden näher gewidmet werden.

### 3) Die Ebene der Anfechtungstatbestände

Benachteiligt die Rechtshandlung die Gläubiger, indem sie die Quote im Insolvenzverfahren mindert, kann ihre Anfechtung mit einem legitimen Zweck, nämlich der rechtspraktischen Aufrechterhaltung der rechtstheoretischen Unverletzlichkeit von Geldforderungen, gerechtfertigt werden. Dabei greift die Anfechtung allerdings nicht nur in die Freiheit desjenigen ein, welcher die Rechtshandlung vorgenommen hat, sondern wirkt im Ergebnis vor allem zulasten desjenigen, welcher durch die Rechtshandlung begünstigt wurde. Denn ist dieser als Gegner der Anfechtung gemäß § 143 InsO rückgewährpflichtig, verliert er seine Begünstigung wieder, so dass durch die Anfechtung in sein Grundrecht aus Art. 14 GG eingegriffen wird.<sup>995</sup>

Die Interessen des Anfechtungsgegners können daher nicht einfach übergangen werden. Vielmehr kommt ihnen sogar ein besonders hohes Gewicht zu. Denn als Außenstehender trifft den Gegner für die Erfüllung der Geldschulden des Schuldners für sich gesehen keinerlei Verantwortung,<sup>996</sup> so dass der Eingriff in seine Interessen hiermit grundsätzlich schwer wiegt. Aufgrund dieser Schwere ist es erforderlich, die Inanspruchnahme des Anfechtungsgegners nicht allein in der Art einer Generalklausel zu regeln, sondern ihre Voraussetzungen für die praxisrelevantesten Konstellationen auch in ihren Einzelheiten noch zu konkretisieren. Eben diesem Auftrag ist der Gesetzgeber nachgekommen, indem er die Anfechtungstatbestände sowie die Regelung des Bargeschäfts geschaffen hat.

#### a) Grundsatz der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung

Weil den Anfechtungsgegner für die Erfüllung der Geldschulden des Schuldners im Grundsatz keine Verantwortung trifft, ist er im Ausgangspunkt schutzwürdig. Den Anfechtungstatbeständen kommt daher die gemeinsame Aufgabe zu, diese Schutzwürdigkeit zu widerlegen. Dabei entspricht es einem allgemeinen Rechtsprinzip des Zivilrechts, dass derjenige, welcher vom Grund seiner Rückgewährpflicht wusste, im Vertrauen auf den Bestand seiner Begünstigung nicht mehr schutzwürdig ist.<sup>997</sup> Der in diesem Sinne Bösgläubige kann deshalb gemäß § 932 BGB weder wirksam fremdes Eigentum erwerben noch sich gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf den Wegfall seiner ungerechtfertigten Bereicherung berufen.

Dieses schon im BGB verankerte Prinzip hat der Gesetzgeber auch bei der Kodifizierung der InsO für den Regelfall der Insolvenzanfechtung übernommen. Wenn hier der Rechtfertigungsgrund für die Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners gemäß § 129 Abs. 1 InsO in der Benachteiligung der Gläubiger des Schuldners liegt, ist der Gegner daher im Vertrauen auf den Bestand seiner Begünstigung anfechtungsrechtlich nicht mehr schutzwürdig, wenn und weil er von eben dieser Gläubigerbenachteiligung Kenntnis hatte. Deshalb beinhalten die Anfechtungstatbestände der §§ 130 bis 133 InsO die Parallelwertung einer in eben diesem Sinne verstandenen Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners.

#### aa) Abgrenzung zum »wachsamen Gläubiger«

Weil die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners daher von seiner Gutgläubigkeit abhängig ist, bedeutet dies auf der Kehrseite wiederum, dass er aus seiner Bösgläubigkeit kein Kapital schlagen darf. Dies ist auch sachgerecht, denn die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung hängt entscheidend vom Wissen um die Vermögensverhältnisse des Schuldners ab. Ob und inwieweit jedoch ein Dritter über diese Verhältnisse informiert ist, kann von letztlich zufälligen Gegebenheiten geprägt sein. Aber selbst soweit alle Gläubiger den Schuldner gezielt überwachen können, sollen durch das Insolvenzrecht die mit einer Überwachung entstehen-

<sup>995</sup> Ausführlich *Klinck*, Grundlagen, S. 111 ff., 126; vgl. auch *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 5.

<sup>996</sup> *G. Paulus*, AcP 155 (1956), 277, 280 f.

<sup>997</sup> *Henckel*, ZIP 1982, 391, 394.

den Kosten aufgrund des Primats einer effizienten Haftungsrealisierung gerade vermieden werden. Wer trotzdem um die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens weiß, soll zur effizienten Haftungsrealisierung nicht etwa alsbald vollstrecken, sondern einen Insolvenzantrag stellen.<sup>998</sup>

Soweit diese Antragsmöglichkeit besteht, ist ein »wachsamer Gläubiger«, der aufgrund seiner Kenntnis von der Insolvenzreife des Schuldners seine Forderung noch kurz vor der Verfahrenseröffnung durchsetzt, zwar folglich einem sehr hohen Anfechtungsrisiko ausgesetzt; jedoch benachteiligt ihn dies entgegen teilweise vertretener Ansicht nicht unangemessen.<sup>999</sup> Denn der „wahrhaft“ wachsamer Gläubiger wird nicht erst dann seine Forderung durchsetzen, wenn er alternativ bereits einen Insolvenzantrag stellen könnte.<sup>1000</sup> Vielmehr wird er sich ab Begründung seiner Forderung »laufend über die Bonität seines Schuldners informieren«, so dass er richtigerweise die »Früchte seiner Wachsamkeit« in der Art und Weise einfährt, dass er seinen Anspruch gegen den Schuldner schon dann durchsetzen wird, wenn sich dessen Insolvenzreife zwar abzeichnet, aber noch nicht eingetreten ist. Ein solch vorausschauendes Verhalten des Gläubigers wäre auch nach der hier vertretenen Konzeption geschützt, weil – wie allerdings noch zu zeigen sein wird – vor der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zumindest eine anspruchsgemäße Forderungsdeckung einer Anfechtung mangels eines Annahmeverschuldens entzogen sein muss.<sup>1001</sup>

Im Übrigen verliert der Anfechtungsgegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit jedoch seine Schutzwürdigkeit. Zu beachten ist dabei lediglich, dass nicht bereits die Wachsamkeit an sich, sondern erst der objektive Stand der gesammelten Informationen zu dieser Bösgläubigkeit führen darf, wohingegen eine ausgeprägte Sorglosigkeit umgekehrt nicht automatisch die Gutgläubigkeit des anderen Teils bedeuten kann. Insofern ist vielmehr zu berücksichtigen, auf welchen Umständen die Einschätzung des Anfechtungsgegners hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung beruht. Eben deshalb stellt etwa § 130 InsO auf den Umstand ab, dass ein Einzelgläubiger in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit noch eine Deckung erhält, während § 133 InsO die Kenntnis fordert, dass der Schuldner eine Rechtshandlung mit dem Vorsatz vornimmt, seine Gläubiger zu benachteiligen. Denn nach diesen Umständen musste der Gegner aufgrund des objektiven Stands seiner Informationen darauf schließen, dass die Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligen wird.

### **bb) Normative Korrektur der subjektiven Einschätzung**

Dies weist jedoch bereits darauf hin, dass die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners nicht nur in einem positiven Sinne zu verstehen ist, wonach diese allein von dessen tatsächlich bestehenden subjektiven Einschätzung abhängig wäre, sondern durch die Tatbestände vielmehr eine Normativierung erfährt. Ein solch normatives Verständnis von der Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung ist zwingend erforderlich und schon in der Konzeption des § 129 InsO als Grundnorm des Insolvenzanfechtungsrechts angelegt.

#### **(1) Notwendigkeit eines normativen Korridors**

Denn wenn die Gläubigerbenachteiligung erst im Insolvenzverfahren eintreten kann, allerdings die Rechtshandlung gemäß § 129 Abs. 1 InsO stets vor dem Insolvenzverfahren vorgenommen wird, handelt es sich bei der Gläubigerbenachteiligung zum Zeitpunkt der Rechtshandlung immer um ein noch zukünftiges Ereignis. Eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung *als solche* ist deshalb bei der Vornahme der Rechtshandlung genau genommen nicht

---

<sup>998</sup> Im Ergebnis ebenso *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 442. Siehe auch bereits unter B.IV.2)d)bb)(2), Seite 108 f.

<sup>999</sup> So aber *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 269.

<sup>1000</sup> Vgl. auch *Thole*, ZIP 2013, 2081, 2083 f., der zu Recht meint, dass der Gläubiger sich in einer solchen Situation »nicht beschweren« dürfe, wenn ihm sein Vorteil wieder entrissen wird.

<sup>1001</sup> Siehe dazu noch unter C.II.3)a)cc)(2)(c)(aa)(bbb), Seite 268.

denkbar, weil zu diesem Zeitpunkt die Gläubigerbenachteiligung noch gar nicht existiert. Vielmehr gilt für zukünftige Ereignisse, dass diese schon dann bekannt sind, wenn überhaupt nur die *Möglichkeit* ihres Eintretens bekannt ist.<sup>1002</sup> Eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung liegt deshalb genau genommen bereits vor, wenn der Anfechtungsgegner zumindest von der Möglichkeit ihres Eintretens überzeugt ist.<sup>1003</sup>

Ob der Gegner in diesem Sinne zum Zeitpunkt der Rechtshandlung den späteren Eintritt der Gläubigerbenachteiligung für möglich hält, ist allerdings abhängig von seiner subjektiven Prognose. Diese wird wiederum geprägt sein von seinen zufälligen Charaktereigenschaften. So wird ein vorsichtiger auf Sicherheit bedachter Gläubiger des Schuldners bereits auf geringere Risiken empfindlich reagieren und getreu dem Motto »Hoffe auf das Beste, aber rechne mit dem Schlimmsten!«, hinsichtlich der im Vollstreckungsverfahren vorhandenen Befriedigungsmöglichkeiten eine pessimistische Prognose aufstellen. Maßgeblich aufgrund seiner Vorsicht hält dieser Anfechtungsgegner einen finanziellen Ausfall für möglich, so dass er eigentlich bereits deshalb bösgläubig wäre. Umgekehrt wird hingegen ein sorgloser Gegner auch bei größeren Risiken eher dem rheinischen Motto »Es ist noch immer gut gegangen!« folgen und somit aufgrund seiner optimistischen Prognose eine Benachteiligung der Gläubiger nicht in Betracht ziehen, so dass er für sich gesehen gutgläubig wäre.

Die Schutzwürdigkeit des Gegners kann nach hier vertretener Auffassung jedoch nicht lediglich von dessen zufälligen charakterlichen Eigenarten abhängig gemacht werden. Es wäre deshalb verfehlt, für die Bestimmung der Bösgläubigkeit, allein auf die positive Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung abzustellen. Vielmehr bedarf es insofern einer normativen Korrektur. Eben eine solche nehmen die Anfechtungstatbestände vor, indem sie weitere Umstände verlangen, welche entweder zur bereits positiv vorausgesetzten Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung hinzutreten, oder aber eine solche Kenntnis ersetzen. Diese Umstände spannen einen normativen Korridor, innerhalb welchem die optimistische oder pessimistische Prognose des Anfechtungsgegners für seine Gut- oder Bösgläubigkeit anfechtungsrechtlich von Relevanz sein kann.

Insofern fragen die Tatbestände also danach, ob die Prognose des Gegners unter normativen Gesichtspunkten anzuerkennen ist. Es geht letztlich darum, den pessimistischen Anfechtungsgegner für seine überschießende Vorsicht nicht zu bestrafen, während den optimistischen Gegner seine unangemessene Sorglosigkeit nicht entlasten können soll. Weil hier die Grenzen im Einzelfall freilich schwierig zu bestimmen sind, die Bejahung einer Bösgläubigkeit allerdings aufgrund der aus ihr resultierenden Anfechtbarkeit zu einem schweren Eingriff in die Bestandsinteressen des Gegners führt, hat der Gesetzgeber zur Präzisierung der Wertung der Bösgläubigkeit in den §§ 130 bis 133 InsO eine ganze Reihe von Tatbeständen geschaffen, welche für die praxisrelevantesten Konstellationen konkretisierende Leitfäden in die Hand geben sollen und im Sinne eines Gesamtsystems auszulegen sind. Dabei beurteilen sie die Prognose des Anfechtungsgegners stets aus zwei Perspektiven, nämlich zunächst aus einer Sicht *ex ante* und anschließend aus einer Sicht *ex post*.

## (2) **Korrektur ex ante nach den Umständen der Tatbestände**

*Ex ante* sind zunächst die Informationen zugrunde zu legen, die dem Anfechtungsgegner schon zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vorlagen. Diese Informationen sind die in den Tat-

<sup>1002</sup> Vgl. für den Fall eines zukünftigen Schadenseintritts etwa BGH, NZV 2000, 204.

<sup>1003</sup> Positive Kenntnis bedeutet »für sicher gehaltenes Wissen«, vgl. für die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen des § 130 InsO etwa BGH, NJW 2009, 1202 Rn. 13. Anders als die Gläubigerbenachteiligung, liegt die Zahlungsunfähigkeit bei der Deckungsanfechtung allerdings bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vor.

beständen der §§ 130 bis 133 InsO normierten Umstände. Dabei können sie einerseits die Befürchtung einer Gläubigerbenachteiligung objektiv *untermauern*, so dass sich eine pessimistische Prognose wertungsmäßig nicht mehr als eine bloß überschießende Vorsicht darstellt, sondern vielmehr eine anfechtungsrechtliche Bedeutsamkeit erlangt. Andererseits können sie auch eine optimistische Prognose *entkräften* und diese damit objektiv als bloße Spekulation erscheinen lassen, so dass ein überzogener Optimismus anfechtungsrechtlich wiederum irrelevant wird.

**(a) Pessimistische Prognose**

Eine pessimistische Prognose besteht bereits, wenn der Anfechtungsgegner zumindest von der Möglichkeit eines finanziellen Ausfalls im Vollstreckungsverfahren gegen den Schuldner überzeugt gewesen ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Anfechtungsgegner hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ernsthaft skeptisch gewesen ist. In der Praxis kann dies vor allem darin zum Ausdruck kommen, dass der Gläubiger besonders wachsam ist und sich über die Bonität des Schuldners »laufend informierte«. Denn es ist eben dieser kostenintensive Aufwand des wachsamem Gläubigers, der darauf schließen lässt, dass er zumindest die Möglichkeit eines Ausfalls in der Vollstreckung gegen den Schuldner nicht mehr in Frage gestellt hat. Anderenfalls hätte er sich die Kosten der Überwachung erspart.

Damit aber nicht bereits diese Vorsichtsmaßnahme dazu führt, dass jeder wachsame Gläubiger stets als bösgläubig zu behandeln und daher einem Anfechtungsrisiko ausgesetzt ist, muss noch ein weiterer Umstand hinzukommen, nämlich dass der Gläubiger etwa aufgrund der Überwachung – oder aber auch aus anderen Quellen – tatsächlich Informationen erlangt hat, die eine Benachteiligung der Gläubiger zum Zeitpunkt der Rechtshandlung auch objektiv wahrscheinlich machten.

**(aa) § 133 Absatz 1 Satz 1 InsO**

Dabei ist eine Gläubigerbenachteiligung zum Zeitpunkt der Rechtshandlung objektiv immer dann am wahrscheinlichsten, wenn der Schuldner mit der Rechtshandlung gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO schon den Vorsatz verfolgt, seine Gläubiger zu benachteiligen. Denn solange dem Schuldner die Verfügungsmacht über sein Vermögen zusteht, steht es ihm frei, eine Benachteiligung seiner Gläubiger willkürlich herbeizuführen. Verfolgt er eine solche Absicht, muss auch objektiv davon ausgegangen werden, dass der Schuldner sein Ziel erreichen wird. Selbiges gilt im Ergebnis, wenn der Schuldner zwar nicht die Absicht zur Benachteiligung hegt, ihm aber positiv bekannt ist, dass seine Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligen wird. Denn als Vermögensinhaber ist grundsätzlich niemand besser über das Schuldnervermögen informiert, als der Schuldner selbst. Weiß dieser von der Gläubigerbenachteiligung, muss deshalb auch objektiv davon ausgegangen werden, dass selbige eintreten wird.

**(aaa) Teilhabe am Wissensvorsprung des Schuldners**

Es ist eben dieser Vorsprung an Wissen und Wollen des Schuldners, der es rechtfertigt, einen Dritten als bösgläubig zu behandeln, wenn er vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners Kenntnis hatte. Denn aufgrund dieser Kenntnis hat er an diesem Vorsprung teil. Gerade weil dabei davon auszugehen ist, dass der Dritte selbst keine besseren Erkenntnisse haben wird als der Schuldner, ist es ihm zugleich aber auch versagt, in seiner Einschätzung vom Vorsatz des Schuldners abzuweichen. Insofern ist eine *eigene* Prognose des Anfechtungsgegners im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO genau genommen nicht einmal erforderlich, sondern wird diese durch die Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners bereits ersetzt. Eben deshalb fordert auch der Wortlaut des Satzes 1 von § 133 Abs. 1 InsO – im Unterschied zu Satz 2 – vom Anfechtungsgegner keine eigene Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung.

Weil stattdessen die Teilhabe am Wissensvorsprung des Schuldners bereits ausreicht, hat sich der Gesetzgeber der InsO zu Recht dazu entschieden, die noch zu § 31 KO bestehende Einschränkung auf einen *dolus directus* ersten Grades aufzugeben und stattdessen auf den *dolus directus* zweiten Grades auszuweiten. Diese Änderung kommt dadurch zum Ausdruck, dass in § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht mehr eine *Absicht* des Schuldners, sondern der weitere Begriff eines *Vorsatzes* gefordert wird. Soweit der BGH deshalb allerdings annimmt, dass nunmehr jede Vorsatzform ausreiche und somit auch ein bloßer *dolus eventualis* erfasst sei,<sup>1004</sup> ist dem nach der hier vertretenen Konzeption zumindest in dieser Pauschalität nicht zuzustimmen.

### **(bbb) Einschränkungen**

Denn handelt der Schuldner lediglich mit einem Eventualvorsatz, ist die kognitive Schwelle niedriger als bei einer Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung, so dass der Schuldner gegenüber dem Gegner nicht mehr einen „Wissensvorsprung“ besitzt. In der Folge kann eine eigene Beurteilung des Anfechtungsgegners durch die bloße Kenntnis vom Eventualvorsatz des Schuldners nach dem hier vertretenen dogmatischen Ansatz allerdings nicht ersetzt werden. Vielmehr ließe sich die Relevanz des Eventualvorsatzes des Schuldners nur dann rechtfertigen, wenn das Wissen um diesen Vorsatz die eigene Kenntnis des Gegners von der Gläubigerbenachteiligung nur noch untermauert, weil der Gegner hinsichtlich der Benachteiligung nämlich bereits selbst eine pessimistische Prognose aufgestellt hat. Dies wird zwar oftmals der Fall sein, wird aber vom Wortlaut des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO wie dargelegt nicht zwingend vorausgesetzt, so dass darauf in der Anwendung des Tatbestandes im Einzelfall zu achten ist.

Abzulehnen sind hingegen alle Versuche, im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO mit der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffes zu brechen,<sup>1005</sup> oder den Tatbestand durch das Erfordernis eines irgendwie gearteten unbilligen oder sozial inadäquaten Verhaltens des Schuldners einzuengen.<sup>1006</sup> Stattdessen lassen sich die damit bezweckten Problemlösungen wesentlich systematischer verwirklichen, wenn nach der hier vertretenen Konzeption bereits eine Rechtshandlung fehlen kann, so etwa bei Sanierungsbemühungen und existentiellen Lohnzahlungen,<sup>1007</sup> oder kein Annahmeverschulden besteht, so etwa bei der anspruchsgemäßen Deckung einer Forderung außerhalb der materiellen Insolvenz des Schuldners.<sup>1008</sup>

### **(bb) § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO**

Während § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO die eigene Kenntnis des Gegners von der Gläubigerbenachteiligung durch den Vorsatz des Schuldners substituiert, wird in Satz 2 von § 133 Abs. 1 InsO umgekehrt der Vorsatz des Schuldners durch die eigene Kenntnis des Gegners ersetzt. Denn nach Satz 2 wird die Kenntnis von einem solchen Vorsatz vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass dessen Handlung somit die Gläubiger benachteiligte. Nach der hier vertretenen Konzeption muss es sich dabei freilich um eine *unwiderlegliche* Vermutung handeln,<sup>1009</sup> so dass es unerheblich ist, ob der

<sup>1004</sup> BGH, NJW 2003, 3347, 3349. Siehe auch bereits unter B.IV.2)a)bb), Seite 86.

<sup>1005</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff), ab Seite 91 ff.

<sup>1006</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ee), Seite 90.

<sup>1007</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)cc)(2)(b)(bb), Seite 184 ff.

<sup>1008</sup> Siehe dazu noch unter C.II.3)a)cc)(2)(c)(aa)(bbb), ab Seite 268 f.

<sup>1009</sup> Andere Ansicht die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 160, wonach dem Anfechtungsgegner noch der Beweis des Gegenteils offenstehen soll. Ebenso die herrschende Meinung, vgl. nur BGH, NJW-RR 2007, 1537 Rn. 7; MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 25; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 66. Siehe dazu aber noch Fn. 1017.



Schuldner einen solchen Vorsatz tatsächlich hatte.<sup>1010</sup> Denn der Schuldner steht für die Erfüllung von Geldforderungen bereits garantieähnlich ein, so dass es auf die Motivation des Schuldners nicht mehr ankommen kann.<sup>1011</sup> Darüber hinaus würde die stringente Herleitung von interessengerechten Ergebnissen durch eine Fokussierung auf die Vorstellungen des Schuldners erheblich erschwert.<sup>1012</sup> Stattdessen ist der Vorsatz des Schuldners allein dann relevant, wenn das Wissen um diesen Vorsatz für den Gegner zugleich eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung begründet.

**(aaa) Eigener Tatbestand**

Weil allerdings eben diese Kenntnis bereits ein eigenständiges Merkmal des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO darstellt, muss dieser tatsächlich einen anderen Regelungsinhalt besitzen als Satz 1 von § 133 Abs. 1 InsO. Insofern bildet die Vorschrift nach der hier vertretenen Konzeption einen *eigenen* Tatbestand, welcher unabhängig ist vom Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1. Das heißt, selbst wenn nachgewiesen werden könnte, dass ein Fall des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht gegeben ist, weil es an einem „Fehlverhalten“ des Schuldners mangelt, kann eine Anfechtung über § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO gleichwohl noch begründet werden, da ein Vorliegen des Satzes 1 gleichwohl unwiderleglich vermutet wird.<sup>1013</sup>

Dabei liegt der eigentliche Clou von Satz 2 darin, dass er zwar eine eigene Kenntnis des Gegners von der Gläubigerbenachteiligung verlangt, diese für dessen Bösgläubigkeit allerdings noch nicht ausreichen lässt. Stattdessen stellt er die weitere Voraussetzung auf, dass der Gegner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste. Diese Einschränkung ist sachgerecht und verdeutlicht den Grundgedanken des hier vertretenen normativen Korridors der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung. Denn ist der von vornherein vorsichtige Gegner an für sich schon bösgläubig, weil er zumindest von der Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung überzeugt ist, kann diese Bösgläubigkeit normativ jedoch allein dann anzuerkennen sein, wenn der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung tatsächlich auch naheliegt, da sich die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bereits objektiv abzeichnet. Anderenfalls würde der vorsichtige Gegner schon allein aufgrund seiner pessimistischen Prognose stets einem Anfechtungsrisiko ausgesetzt sein.

**(bbb) »Drohen« der Zahlungsunfähigkeit**

Weil dies nicht richtig wäre, macht es § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO also im Weiteren zur Bedingung, dass der pessimistische Anfechtungsgegner – sei es aufgrund seiner Überwachung des Schuldners oder aus zufälligen anderen Quellen – neben seiner pessimistischen Prognose auch die zutreffende Information hatte, dass der Schuldner sich tatsächlich in Zahlungsschwierigkeiten befand und dass deshalb dessen materielle Insolvenz bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung objektiv »drohte«. Wann dabei allerdings von einem solchen »Drohen« genau auszugehen ist, hat der Gesetzgeber offengelassen.

Sicher ist zunächst nur, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht mehr „droht“, wenn sie bereits eingetreten ist, so dass es sich im Ausgangspunkt um einen Zeitraum *vor* dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit handeln muss. Bis wohin dieser Zeitraum zurückreicht, ist gesetzlich nicht vorgegeben. Insoweit bestehen keine starren Anfechtungsfristen. Dadurch, dass § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO systematisch an Satz 1 anknüpft, würde allenfalls eine maximale Frist von

---

<sup>1010</sup> Vgl. auch schon *Marotzke*, ZZZ 105 (1992), 451, 453, nach dem zumindest eine analoge Anwendung der Vorsatzanfechtung in Betracht komme, weil »eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners jedenfalls dann nicht erforderlich ist, wenn eine solche aufseiten des Anfechtungsgegners vorliegt«.

<sup>1011</sup> Siehe bereits unter C.I.2)c)cc), Seite 151.

<sup>1012</sup> Siehe zur Kritik bereits unter B.III.3)b)bb)(2), Seite 79 f., sowie zum Fall der nahestehenden Person gemäß § 133 Abs. 2 InsO noch unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(dd)(bbb), Seite 237.

<sup>1013</sup> Andere Ansicht freilich die herrschende Meinung, vgl. bereits Fn. 1009.

zehn Jahren gelten. Zur Konkretisierung einer „drohenden“ Zahlungsunfähigkeit ist diese Frist aber offensichtlich zu lang und kann daher als Orientierungspunkt nicht herangezogen werden. Stattdessen ist der Zeitraum *flexibel* zu handhaben, das heißt danach, wie objektiv wahrscheinlich der Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Rechtshandlung nach den jeweiligen Umständen tatsächlich war.<sup>1014</sup>

**(ccc) Funktion als Generalklausel**

Kommt es eben auf diese objektive Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsunfähigkeit an, kann der Anwendungsbereich des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO allerdings auf den Zeitraum vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nach der hier vertretenen Konzeption nicht begrenzt sein. Vielmehr muss er im Sinne eines Erst-recht-Schlusses auch dann Anwendung finden, wenn die Wahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit bei hundert Prozent liegt, nämlich weil letztere bereits besteht.<sup>1015</sup> Denn in diesem Falle wird die pessimistische Prognose des Gegners erst recht untermauert. Findet § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO daher sowohl vor, als auch *nach* dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit seine Anwendung, ohne dass eine starre Anfechtungsfrist besteht, handelt es sich in der Sache jedoch um nichts anderes als einer echten *Generalklausel* des Insolvenzanfechtungsrechts.<sup>1016</sup> Als solche verwirklicht sie die Parallelwertung der Tatbestände, indem sie einerseits eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung verlangt, diese Kenntnis andererseits aber normativ korrigiert, indem sie sie für eine Bösgläubigkeit nur insoweit ausreichen lässt, wie der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung auch objektiv wahrscheinlich war.

**(cc) § 131 Absatz 1 Nummer 3 InsO**

Eine Konkretisierung eben dieser Generalklausel bildet sodann § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO.<sup>1017</sup> Als einziger Fall der Deckungsanfechtung verlangt er positiv vom Anfechtungsgegner eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung. Im Gegenzug setzt er – anders als die anderen Fälle der Deckungsanfechtung – aber keine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus.<sup>1018</sup> Diese selbst wird auch nicht etwa durch eine »pauschalisierende Annahme« aufgrund der kurzen Anfechtungsfrist von drei Monaten unwiderleglich vermutet.<sup>1019</sup> Denn läuft dieselbe Dreimonatsfrist auch für Nummer 2 von § 131 Abs. 1 InsO, dann hätte es der ausdrücklichen Normierung der Zahlungsunfähigkeit auch für Nummer 2 nicht mehr bedurft.

Für sich allein gesehen bestimmt die kurze Anfechtungsfrist vielmehr nur einen Zeitraum, in welchem die Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Rechtshandlung zwar noch nicht vorlag, aber diese aufgrund der Nähe zum Insolvenzantrag zumindest schon »drohen« musste.<sup>1020</sup> Der

<sup>1014</sup> Siehe dazu noch ausführlich unter C.II.3a)bb)(3)(b)(dd), Seite 247 ff.

<sup>1015</sup> Vgl. auch MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 24.

<sup>1016</sup> Soweit auch in der Literatur insbesondere von *Jacoby*, KTS 2009, 3, 20; *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht, Rn. 21.77 und *Thole*, Gläubigerschutz, S. 483 die Vorsatzanfechtung als Generalklausel des Insolvenzanfechtungsrechts angesehen wird, ist dem also mit der Maßgabe zuzustimmen, dass sich dies aufgrund seiner Flexibilität vor allem auf Satz 2 von § 133 Abs. 1 InsO bezieht.

<sup>1017</sup> So im Ergebnis auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159, wonach es sich um einen »Sonderfall der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung« handle. Wenn es dazu im Weiteren heißt, dass § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO bei »Rechtshandlungen des Schuldners [...] unwiderleglich vermutet, daß er die anderen Gläubiger benachteiligen wollte«, ist konsequenterweise eben dies auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO der Fall.

<sup>1018</sup> Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 131 Rn. 19. Siehe auch bereits unter B.III.2a), Seite 72.

<sup>1019</sup> In diese Richtung aber *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 79; *ders.*, Gläubigerschutz, S. 364.

<sup>1020</sup> Insofern im Ergebnis auch *Klinck*, Grundlagen, S. 158 f., der gleichwohl eine entsprechende Einordnung des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO als Unterfall der Vorsatzanfechtung ablehnt, weil es sich mangels des Erfordernisses ei-

wesentliche Unterschied zur Generalklausel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO besteht darin, dass § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO auf eine Kenntnis von dieser drohenden Zahlungsunfähigkeit im Übrigen verzichtet. Stattdessen verlangt er die inkongruente Deckung einer Forderung.

**(aaa) Inkongruenz der Deckung**

Nach dem Wortlaut des § 131 Abs. 1 InsO ist eine Deckung inkongruent, wenn sie »nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit« zu beanspruchen war. Damit hat der Gesetzgeber allerdings nur die allgemeine Grundvoraussetzung der Inkongruenz geregelt. Denn würde bereits jede geringfügige Abweichung vom ursprünglichen Anspruchsinhalt zu einem Anfechtungsrisiko aufgrund Inkongruenz führen, würde dies den Rechtsverkehr unangemessen belasten. Zu Recht geht die herrschende Meinung daher davon aus, dass der Inkongruenz im Sinne einer normzweckgeleiteten Betrachtung eine »besondere Verdächtigkeit« zukommen müsse.<sup>1021</sup> Im Ansatz heißt es auch zutreffend, dass dabei zwischen »Art und Ausmaß« der Inkongruenz zu unterscheiden ist.<sup>1022</sup> Nicht überzeugen kann es allerdings, wenn die Grenzen dieser Unterscheidung vom BGH aufgrund einer unbestimmten Interessenabwägung festgelegt werden.<sup>1023</sup> Stattdessen ergeben sich die Voraussetzungen, welche für »Art und Ausmaß« der Inkongruenz zu fordern sind, bereits eindeutig aus der Teleologie und der Systematik des Gesetzes.

Denn während der gemeinsame Zweck der Tatbestände der §§ 130 bis 133 InsO in der Begründung einer normativen Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung besteht, enthält § 131 Abs. 1 InsO mit den Nummern 1 bis 3 verschiedene Konstellationen, welche bei genauerer Betrachtung jeweils ein Merkmal eines anderen Tatbestandes durch die Voraussetzung der Inkongruenz ersetzen. Aufgrund der Parallelwertung der Tatbestände ist mittels einer systematischen Auslegung anhand des ersetzten Merkmals deshalb eindeutig bestimmbar, welcher konkrete Verdacht im jeweiligen Fall des § 131 Abs. 1 InsO vorliegen muss, damit nach »Art und Ausmaß« eine Inkongruenz der Deckung anzunehmen ist. Dabei ist es wichtig herauszustreichen, dass dieser konkrete Verdacht nicht etwa bereits aufgrund der Abweichung vom ursprünglichen Anspruchsinhalt angenommen werden kann, denn ein solches Verständnis würde das normative Verständnis der Inkongruenz auf den Kopf stellen. Stattdessen gilt umgekehrt, dass eine Inkongruenz nur dann besteht, wenn die Abweichung vom Anspruchsinhalt einen solchen Verdacht tatsächlich auch begründet, so dass sich der Anfechtungsgegner wertungsmäßig in derselben Situation befindet wie im Paralleltatbestand.<sup>1024</sup> Auf diesem Wege ergibt sich ein in sich abgestimmtes Gesamtsystem der Tatbestände.

Für § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO bedeutet dies also aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, dass die Abweichung vom ursprünglichen Anspruchsinhalt so stark sein muss, dass der Gläubiger beim Empfang seiner Leistung von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hätte ausgehen müssen. Eine Inkongruenz liegt im Falle des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO somit also dann vor, wenn die Abweichung vom ursprünglichen Anspruchsinhalt den Verdacht auf Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners begründet. Ein solcher Schluss kann schon bei leichteren Verdachtsmomenten gerechtfertigt sein, etwa dann, wenn der Schuldner um Zahlungsaufschub bittet, in Verzug gerät oder nur Teilleistungen erbringt. Hat der Gegner hier allerdings ohnehin bereits die pessimistische Prognose aufgestellt, dass die Möglichkeit einer Benachteiligung der Gläubiger besteht, wird diese Einschätzung

---

ner Rechtshandlung des Schuldners nicht um eine »vom Schuldner betriebene Gläubigerschädigung« handle. Dies kann freilich nicht überzeugen, weil es auf ein Fehlverhalten des Schuldners ohnehin nicht ankommt.

<sup>1021</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)d)cc), Seite 109.

<sup>1022</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff)(3), Seite 95.

<sup>1023</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)d)cc)(3), Seite 111.

<sup>1024</sup> Vgl. auch *Klinck*, Grundlagen, S. 338 f.

durch eine solche Inkongruenz der Deckung objektiv untermauert, so dass sie normativ anzuerkennen ist.

**(bbb) Umstände, die »zwingend« auf die Gläubigerbenachteiligung schließen lassen**

Wenn insofern § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO also in Parallele zu § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auszulegen ist, beinhaltet er gegenüber § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO freilich die hinzutretende Besonderheit, dass der Anfechtungsgegner nicht etwa ein beliebiger Drittbegünstigter sein kann, sondern vielmehr stets ein Gläubiger des Schuldners ist. Als solcher hat der Anfechtungsgegner naturgemäß ein Eigeninteresse daran, dass eine Benachteiligung der Gläubiger nicht eintreten wird. Es entspricht deshalb eben diesem wohlverstandenen Eigeninteresse, dass er bei jeglichen Informationen, welche die Möglichkeit einer solchen Benachteiligung implizieren – etwa weil sie ein wirtschaftlich sehr riskantes Verhalten des Schuldners offenbaren – besonders hellhörig werden wird. Dabei können allerdings die Quellen, aus denen der Gläubiger diese Informationen schöpft, zufällig sein.<sup>1025</sup> So könnte er die Informationen etwa erst über zufällige Mitteilungen Dritter erhalten. Insbesondere ist nicht gesagt, dass der Gläubiger sie schon aufgrund eigener Vorsichtsmaßnahmen erlangt hat, wie etwa durch die Überwachung des Schuldners.

Hat der Gläubiger auf die Überwachung des Schuldners vielmehr verzichtet, könnte er jedoch eben gestützt auf diese mangelnde Vorsicht, zum Bestreiten seiner Bösgläubigkeit für sich nachvollziehbar argumentieren, dass er doch auf die Erfüllung aller Forderungen vertraut habe und daher als Gutgläubiger im Interesse des Rechtsverkehrs schutzwürdig sein müsse. Weil demgegenüber die Beweislast hinsichtlich der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung beim Insolvenzverwalter liegt,<sup>1026</sup> könnte sich anhand dieser Argumentation derjenige Gläubiger, welcher erst durch zufällige Informationen von der Möglichkeit eines finanziellen Ausfalls erfahren hat, im Zweifel einer Anfechtung entziehen.

Eben deshalb hat der Gesetzgeber für den Fall des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Beweiserleichterung des § 131 Abs. 2 InsO geschaffen. Denn nach dessen Satz 1 steht der Kenntnis der Benachteiligung der Gläubiger die Kenntnis von Umständen gleich, welche »zwingend« auf die Benachteiligung schließen lassen. Insofern wird der Gläubiger mit seinem Einwand, dass er doch ausweislich seiner mangelnden Vorsicht auf die Erfüllung aller Forderungen vertraut haben müsse, nicht mehr gehört. Stattdessen reicht der Nachweis, dass der Gläubiger gleichwohl Informationen erhalten hat, welche die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung zwingend implizieren.

Von Satz 2 des § 131 Abs. 2 InsO wird die Beweislast sogar umgekehrt, wenn es sich beim Gläubiger um eine nahestehende Person im Sinne des § 138 InsO gehandelt hat. Denn bei nahestehenden Personen steht generell zu vermuten, dass sie über die Pläne und die Vermögensverhältnisse des Schuldners besser informiert sind als Außenstehende und dementsprechend zum Zeitpunkt der Rechtshandlung auch schon von der Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung wussten.<sup>1027</sup> Weil allerdings allein aufgrund einer noch vor dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erfolgenden inkongruenten Deckung die positive Kenntnis noch nicht

<sup>1025</sup> Vgl. dazu auch bereits unter B.IV.2)d)bb)(2), Seite 107 f.

<sup>1026</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 131 Rn. 62; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 131 Rn. 22.

<sup>1027</sup> Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 131 Rn. 74; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 138 Rn. 1.

ersetzt werden kann, ist die dahingehende Vermutung des § 131 Abs. 2 Satz 2 InsO durch den Beweis des Gegenteils gemäß § 292 ZPO freilich widerleglich.<sup>1028</sup>

**(dd) § 133 Absatz 2 InsO**

Einen ähnlichen Regelungsmechanismus beinhaltet nach der hier vertretenen Konzeption auch § 133 Abs. 2 InsO. Trotz seiner geringen Praxisrelevanz ist er systematisch besonders reizvoll, da er einerseits auf den Nachweis der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung bereits von vornherein verzichtet, diese aber andererseits wie § 131 Abs. 2 Satz 2 InsO gleichwohl noch nicht vollständig ersetzt, so dass er letztlich an der Schnittstelle zwischen der Untermauerung einer pessimistischen Einschätzung und der Korrektur einer optimistischen Prognose sitzt. Insofern kommt ihm im System der Anfechtungstatbestände eine Sonderstellung zu, die den Nachweis des Kenntnisstands des Anfechtungsgegners im Ausgangspunkt zunächst offen lässt.

**(aaa) Widerlegliche Vermutung der Bösgläubigkeit**

Dogmatisch drückt sich dies darin aus, dass § 133 Abs. 2 InsO eine Beweislastumkehr beinhaltet,<sup>1029</sup> welche nach der hier vertretenen Auffassung zum Inhalt haben muss, dass die Kenntnis des Gegners von der *Gläubigerbenachteiligung* bereits vermutet wird und vom Gegner nur durch den Beweis des Gegenteils gemäß § 292 ZPO widerlegt werden kann.<sup>1030</sup> Denn der Anfechtungsgegner ist im Rahmen des § 133 Abs. 2 InsO stets eine nahestehende Person im Sinne des § 138 InsO. Hat er als solche mit dem Schuldner einen entgeltlichen Vertrag geschlossen, welcher die Gläubiger unmittelbar benachteiligt, ist dieser Vertrag nach Satz 1 von § 133 Abs. 2 InsO zunächst ohne weiteres anfechtbar.

Dies ist auch sachgerecht, weil einerseits ein entgeltlicher Vertrag, der schon unmittelbar nachteilhaft ist, einen objektiv besonders verdächtiger Umstand darstellt.<sup>1031</sup> Handelt es sich beim Anfechtungsgegner um eine nahestehende Person, ist andererseits wiederum zu vermuten, dass diese über die Pläne und die Vermögensverhältnisse des Schuldners gut informiert ist und daher Umstände kennt, welche auf die ernsthafte Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung schließen lassen. Eine pessimistische Prognose würde also im Falle ihres Bestehens durch den unmittelbar nachteiligen Vertrag untermauert.

Während § 133 Abs. 2 InsO auf den Nachweis des tatsächlichen Vorliegens einer solchen Prognose verzichtet, wird diese allerdings nur bedingt ersetzt. Denn nach Satz 2 ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn der Gegner beweist, dass ihm zum Zeitpunkt des Vertragschlusses nicht bekannt war, dass der Schuldner den Vorsatz hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen. Damit verweist Absatz 2 von § 133 InsO also in erster Linie auf die Voraussetzungen von dessen Absatz 1 Satz 1, so dass eine Anfechtung ausscheidet, wenn der Anfechtungsgegner nicht wie in Absatz 1 Satz 1 bösgläubig gewesen ist. Das bedeutet also zunächst, dass der Gegner nachweisen muss, dass er vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners entweder nicht wusste, oder dass dieser bereits nicht vorlag.<sup>1032</sup>

---

<sup>1028</sup> So im Ergebnis aber auch die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159. Vgl. ebenso MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 64.

<sup>1029</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 160; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 183.

<sup>1030</sup> Die Begründung des RegE, aaO, geht demgegenüber davon aus, dass von § 133 Abs. 2 InsO wie von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet wird; ebenso Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 133 Rn. 196. Auf den Schuldnervorsatz kann es aber wie dargelegt nicht ankommen. Siehe dazu noch sogleich unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(dd)(bbb), Seite 237.

<sup>1031</sup> Auf die »besondere Verdächtigkeit der von Absatz 2 erfaßten Verträge« stellt auch die Begründung des RegE, aaO, ab. Ebenso MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 39.

<sup>1032</sup> So die Begründung des RegE, aaO; ebenso MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 46.

**(bbb) Mittelbare Einbeziehung von § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO**

Wie allerdings bereits in der Ausgangslage dargelegt wurde, wäre es nach der hier vertretenen Auffassung verfehlt, das „Stehen und Fallen“ der Schutzwürdigkeit des Gegners entscheidend vom Vorliegen eines Vorsatzes des Schuldners abhängig zu machen.<sup>1033</sup> Insbesondere am Beispiel der nahestehenden Personen leuchtet dies unmittelbar ein. Denn stehen sich der Schuldner und der Anfechtungsgegner nahe, dann wird der Schuldner es in aller Regel bevorzugen, dass sein Vermögen statt seinen Gläubigern dem Anfechtungsgegner zugutekommt. Handelt es sich etwa um ein Familienmitglied, wird der Schuldner die weggegebenen Vermögenspositionen regelmäßig sogar selbst weiter nutzen können.<sup>1034</sup>

Deshalb entspricht es nur dem Eigeninteresse des Schuldners, wenn dieser im Anfechtungsprozess gegen die nahestehende Person diese nach Kräften unterstützen wird, indem er seine Naivität vorspielt und behauptet, dass er keinen Vorsatz zur Gläubigerbenachteiligung gehabt habe. Da es sich dabei allerdings um eine innere Tatsache handelt, von deren Richtigkeit allein der Schuldner selbst eine sichere Kenntnis haben kann, ist es daher keineswegs ausgeschlossen, dass er mit Erfolg seine damalige Sorglosigkeit vorspielen wird, um den Anfechtungsgegner gegenüber seinen Gläubigern in Schutz zu nehmen.

Wenn diese Motivation zwar in der Praxis von den Gerichten bei der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO berücksichtigt werden kann,<sup>1035</sup> ist demgegenüber schon nicht zu erkennen, weshalb sich der Richter mit dem Schuldnervorsatz überhaupt auseinandersetzen sollte, wenn der Anfechtungsgegner vielmehr schon eine fundierte *eigene* Kenntnis von der Benachteiligung der Gläubiger hatte. Denn dann ist der Gegner bereits deshalb nicht schutzwürdig.<sup>1036</sup> Für den Entlastungsbeweis des § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO ist deshalb nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur zu fordern, dass sich der Gegner hinsichtlich seiner Kenntnis vom Schuldnervorsatz nach Satz 1 von § 133 Abs. 1 InsO entlastet, sondern darüber hinaus auch hinsichtlich seiner eigenen Bösgläubigkeit nach Satz 2. Systematisch folgt dies bereits daraus, dass die Kenntnis vom Schuldnervorsatz nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wie gesehen *unwiderleglich* vermutet wird, wenn der Gegner bereits selbst wusste, dass eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligen wird.

Um also den Beweis seiner Unkenntnis vom Schuldnervorsatz im Sinne des § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO zu führen, muss der Anfechtungsgegner folglich ebenso die Voraussetzungen der Generalklausel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO widerlegen. Mittelbar erhalten diese Voraussetzungen daher auch in § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO ihren Einzug.<sup>1037</sup> Im Ergebnis ist der Gegner deshalb für den Beweis seiner Gutgläubigkeit – zusätzlich zur Widerlegung des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO – dazu angehalten, nachzuweisen, dass er entweder von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nichts wusste oder keine eigene Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung hatte.

**(ee) Zwischenfazit**

Bis hierhin soll festgehalten werden, dass die von der herrschenden Meinung als Unterfälle der Vorsatzanfechtung bezeichneten Tatbestände der §§ 133, 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO<sup>1038</sup> auch nach der hier vertretenen Systematik als eine Gruppe von Anfechtungstatbeständen aufgefasst

<sup>1033</sup> Siehe bereits ausführlich unter B.III.3)b)bb), ab Seite 78 ff.

<sup>1034</sup> Siehe auch MüKo/Gehrlein, InsO, § 138 Rn. 2.

<sup>1035</sup> Vgl. nur BGH, NJW-RR 2007, 1538 Rn. 11.

<sup>1036</sup> Vgl. insofern auch Marotzke, ZZP 105 (1992), 451, 453.

<sup>1037</sup> Vgl. insofern ähnlich auch MüKo/Kayser, InsO, § 133 Rn. 47.

<sup>1038</sup> Siehe hinsichtlich der Zuordnung des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO zur Vorsatzanfechtung bereits unter B.III.2)a), Seite 72.

werden kann. Ihre Eigenheit liegt allerdings nicht etwa darin, dass sie auf einem Fehlverhalten des Schuldners basieren, sondern dass sie die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners entweder anhand einer *fremden* oder *eigenen* pessimistischen Prognose über die Gläubigerbenachteiligung begründen. Insofern hat das Wissen vom fremden Benachteiligungsvorsatz des Schuldners keine Relevanz mehr, wenn der Gegner bereits aufgrund seiner eigenen Prognose als bösgläubig anzusehen ist. Dafür ist jedoch erforderlich, dass die eigene subjektive Vorhersehung der Gläubigerbenachteiligung keine reine Vorsichtsmaßnahme mehr darstellt, sondern diese durch objektive Umstände tatsächlich naheliegt. Am deutlichsten kommt diese Wertung in der Generalklausel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zum Ausdruck, indem zusätzlich zur Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung gefordert wird, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auch objektiv drohte und dies dem Gegner bekannt gewesen ist.

**(b) Optimistische Prognose**

Im Rahmen der Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners besteht neben den §§ 133, 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO noch eine zweite Gruppe von Anfechtungstatbeständen. Im Unterschied zur ersten Gruppe fehlt es in den Konstellationen der zweiten Gruppe jedoch an einer positiv vorausgesetzten Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung. Es handelt sich um solche Fälle, in denen der Gegner bereits die Möglichkeit eines Ausfalls im Vollstreckungsverfahren gegen den Schuldner anzweifelt. Dies ist wiederum immer dann der Fall, wenn er aufgrund einer optimistischen Prognose darauf vertraut hat, dass trotz der vermögensbelastenden Rechtshandlung die Forderungen gegen den Schuldner befriedigt werden können.

**(aa) Problem der Nachweisbarkeit einer pessimistischen Prognose**

Handelt es sich beim Gegner nicht um eine nahestehende Person, sondern um einen Gläubiger des Schuldners, kann es ein Indiz für dessen optimistische Prognose darstellen, wenn er den Schuldner nicht überwacht hat, weil dies nahelegt, dass er auf die Erfüllung seiner Forderung vertraute. Dieses Indiz ist freilich nicht zwingend, weil der Gläubiger ebenso aus Kostengründen auf die Überwachung des Schuldners verzichtet oder Informationen über einen möglichen Forderungsausfall auch zufällig erlangt haben kann. Deshalb reicht es wie gesehen gemäß § 131 Abs. 2 Satz 1 InsO bereits aus, dass dem Gläubiger die Kenntnis von Umständen nachgewiesen wird, die zwingend auf die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung schließen lassen. Allerdings kann sich der Anfechtungsgegner selbst gegen diese Beweiserleichterung noch wehren, indem er substantiiert darlegt, dass ein solcher Schluss in seinem Fall eben nicht »zwingend« war.

Insofern kommen vor allem zwei Argumentationen in Betracht: Erstens könnte der Anfechtungsgegner anführen, dass er davon ausging, dass eine gläubigerbenachteiligende Wirkung der Rechtshandlung entweder durch ausgleichende Vorteile oder durch eine Unbeständigkeit der Vermögensbelastung noch verhindert würde.<sup>1039</sup> Zweitens könnte er aber auch argumentieren, dass er trotz der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens rechnete, weil er etwa dachte, dass die wirtschaftliche Krise noch überwunden oder Sanierungsmaßnahmen erfolgreich abgeschlossen würden.<sup>1040</sup> Kann der Anfechtungsgegner sein Vertrauen auf diese Entwicklungen nachvollziehbar darlegen, müsste der Insolvenzverwalter demnach hinsichtlich der positiven Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung regelmäßig beweisfällig bleiben.

---

<sup>1039</sup> Denn in diesem Falle mangelte es zumindest an einer Kausalität zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung. Siehe dazu bereits unter C.II.2)b), Seite 222 ff.

<sup>1040</sup> Denn ohne die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, kann eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 Abs. 1 InsO noch nicht vorliegen. Siehe bereits unter C.I.3)a)aa), Seite 153, sowie unter C.II.2)a), Seite 219.

Eben für solche Konstellationen, in denen dem Anfechtungsgegner aufgrund seiner optimistischen Prognose eine positive Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung nicht mehr nachgewiesen werden kann, hat der Gesetzgeber mit den §§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 132 InsO weitere Tatbestände geschaffen, welche in der Sache den Rechtsgedanken des § 131 Abs. 2 Satz 1 InsO über den § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO hinaus fortführen. In diesem Sinne haben sie die tatbestandsübergreifende Aufgabe, diejenigen Umstände weiter zu konkretisieren, bezüglich derer auf die Möglichkeit einer Benachteiligung der Gläubiger »zwingend« zu schließen ist.

**(bb) § 132 Absätze 1 und 2 InsO**

Der dazu verfolgte Ansatz des Gesetzgebers wird in seiner Reinform von § 132 InsO ausgedrückt. Dieser entkräftet die denkbare Gegenargumentation des Anfechtungsgegners, indem er darauf abstellt, dass die vorgenommene Rechtshandlung in ihren Wirkungen schon für sich gesehen fortwirkend nachteilhaft ist und dabei zu einem Zeitpunkt vorgenommen wurde, in welchem bereits aktuell mit der alsbaldigen Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gerechnet werden musste. In der Folge ist eine gleichwohl bestehende optimistische Prognose des Gegners im Falle des § 132 InsO normativ nicht mehr anzuerkennen.

**(aaa) Beständige Rechtshandlung**

Denn als Gesamttatbestand stellen die Absätze 1 und 2 wie dargelegt als erstes die Voraussetzung auf, dass für die Beständigkeit der anzufechtenden Rechtshandlung eigentlich ein zivilrechtlicher Vertrauenstatbestand streitet.<sup>1041</sup> Eben wegen diesem zivilrechtlichen Bestandschutz ist es zugleich weitestgehend ausgeschlossen, dass die Auswirkungen der Rechtshandlung bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr fortwirken,<sup>1042</sup> so dass es für den Anfechtungsgegner auch nicht mehr möglich ist, seine Gutgläubigkeit mit dem Argument einer mangelnden Beständigkeit der Vermögensbelastung zu begründen.

**(bbb) Unmittelbare Nachteiligkeit**

Als weitere Voraussetzung fordert § 132 InsO sodann eine unmittelbare Nachteiligkeit der Rechtshandlung. Insofern kommt es wie gesehen darauf an, dass die Rechtshandlung bereits »selbst« nachteilhaft ist, das heißt ein Ausgleich der Vermögensbelastung aus ihr selbst noch nicht zu entnehmen ist.<sup>1043</sup> Deshalb wird zu Recht beispielhaft immer wieder das wirtschaftlich unausgeglichene Kausalgeschäft genannt, in welchem für die Leistung des Schuldners keine gleichwertige Gegenleistung vereinbart wurde. Nichts anderes kann allerdings für abstrakte Verfügungsgeschäfte gelten, welche bereits ihrer Art nach eine Gegenleistung nicht beinhalten.<sup>1044</sup> Dies folgt schon aus einem Erst-recht-Schluss aus § 132 Abs. 2 InsO. Denn danach fallen Realakte, welche als solche nicht nur keine Gegenleistung beinhalten können, sondern bei denen es überhaupt schon an einem rechtsgeschäftlichen „Inhalt“ fehlt, nicht etwa aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift heraus. Stattdessen stehen sie einem unmittelbar nachteiligen Rechtsgeschäft gleich, wenn und weil der Schuldner durch sie ein Recht verliert oder ein Anspruch gegen ihn durchsetzbar wird.

Diese unmittelbare Nachteiligkeit ist zwar zu unterscheiden von der Gläubigerbenachteiligung nach § 129 Abs. 1 InsO.<sup>1045</sup> Insbesondere ist es nicht ausgeschlossen, dass anderweitig an die Rechtshandlung anknüpfende Vorteile die Vermögensbelastung doch noch ausgleichen

<sup>1041</sup> Siehe bereits unter C.II.1)b)aa), Seite 214 f.

<sup>1042</sup> Vgl. dazu bereits unter C.II.2)b)aa), Seite 222.

<sup>1043</sup> Siehe bereits am Anfang unter B.I.2)b)bb)(2), Seite 36 f.

<sup>1044</sup> Andere Ansicht Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 111. Siehe zur Kritik bereits unter B.I.2)c)bb), Seite 39.

<sup>1045</sup> Siehe bereits unter B.I.2)b)bb), Seite 34 ff., sowie unter C.II.2)a)bb), Seite 221.



werden.<sup>1046</sup> Indessen müssen solch ausgleichenden Vorteile wie gesehen unmittelbar<sup>1047</sup> mit der Rechtshandlung eintreten und wie diese fortwirken, so dass besondere Vorsicht geboten ist, wenn sie in der Rechtshandlung »selbst« hingegen noch nicht enthalten sind. Soll die Gutgläubigkeit dessen ungeachtet auf etwaige ausgleichende Vorteile der Rechtshandlung gestützt werden, ist dies wegen ihrer unmittelbaren Nachteiligkeit besonders begründungsbedürftig und steht unter den weiteren Voraussetzungen eines Bargeschäfts gemäß § 142 InsO.<sup>1048</sup> Liegt ein solches nicht vor, kann daher nach den objektiven Umständen die optimistische Prognose des Gegners mit dem Argument ausgleichender Vorteile nicht mehr erklärt werden.

Stattdessen gilt im Gegenteil, dass die Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung durch die unmittelbare Nachteiligkeit erheblich erhöht wird. Mangelt es an einem Bargeschäft, kann deshalb das Vertrauen auf ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung nur noch nachvollziehbar begründet werden, wenn der Anfechtungsgegner davon ausging, dass ein Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners erst gar nicht eröffnet werden wird. Denn in diesem Fall kann auch eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO wie dargelegt nicht eintreten.<sup>1049</sup> Weil ein anderes Argument aber nicht mehr ersichtlich ist, läuft deshalb die normative Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung in der Situation des § 132 InsO letztlich auf die Kenntnis von der Verfahrenseröffnung hinaus.

#### **(ccc)            Bevorstehen einer Verfahrenseröffnung**

Dabei ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wie die Benachteiligung der Gläubiger zum Zeitpunkt der Rechtshandlung noch ein zukünftiges Ereignis, für dessen Kenntnis es folglich erforderlich ist, aber auch ausreicht, dass der Gegner die Möglichkeit der Verfahrenseröffnung nicht mehr in Frage gestellt hat. Um dem Gegner den erneuten Einwand zu nehmen, dass er an der Möglichkeit der Verfahrenseröffnung wiederum ausweislich seiner mangelnden Vorsicht gerade gezweifelt haben muss, konkretisiert § 132 InsO deshalb diejenigen Umstände, deren Kenntnis »zwingend« auf eine solche Möglichkeit schließen lassen.

Insofern ist es erforderlich, dass der Gegner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung entweder wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schon eingetreten war (§ 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO), so dass gemäß §§ 16, 17 Abs. 1 InsO der allgemeine Eröffnungsgrund eines Insolvenzverfahrens vorlag, oder dass ein Insolvenzantrag bereits gestellt wurde (§ 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Denn nimmt der Gegner angesichts dieser Umstände bezüglich der Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens noch eine optimistische Prognose vor, ist diese Einschätzung aus objektiver Sicht nur noch eine reine Spekulation, so dass sie normativ nicht anzuerkennen, sondern zu korrigieren ist.

Dabei könnte der Schuldner freilich auch hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder des gestellten Insolvenzantrags abermals argumentieren, dass er von diesen Gegebenheiten aufgrund seiner mangelnden Vorsicht keine Kenntnis gehabt haben kann. Deshalb steht eben dieser Kenntnis gemäß §§ 132 Abs. 3, 130 Abs. 2 InsO nochmals die Kenntnis von Umständen gleich, welche zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen.<sup>1050</sup> Auf eine erneute Konkretisierung wiederum *dieser* Umstände hat der Ge-

---

<sup>1046</sup> Siehe bereits unter C.II.2)b)bb), Seite 223 ff.

<sup>1047</sup> Hingegen ist das Hoffen auf eine allgemeine Vorteilsausgleichung anfechtungsrechtlich von vornherein nicht schützenswert. Vgl. insofern auch BGH, NZI 2009, 847 Rn. 17; Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 78.

<sup>1048</sup> Siehe dazu noch ausführlich unter C.II.3)a)cc)(1), ab Seite 253 ff.

<sup>1049</sup> Siehe bereits unter C.I.3)a)aa), Seite 153; vgl. auch unter C.II.2)a)bb), Seite 221.

<sup>1050</sup> Vgl. auch Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 132 Rn. 18.

setzgeber im Rahmen des § 132 InsO dann aber verzichtet.<sup>1051</sup> Eine solche ist auch nicht mehr unbedingt notwendig, weil die Zahlungsunfähigkeit und der Eröffnungsantrag zum Zeitpunkt der Rechtshandlung – insofern anders als die Gläubigerbenachteiligung oder die Verfahrenseröffnung – nicht mehr zukünftige, sondern bereits eingetretene Ereignisse darstellen. Deshalb sind bei der Kenntnis der ihnen zugrundeliegenden Umstände keine subjektiven Prognosen mehr erforderlich, welche aufgrund der zufälligen Charaktereigenschaften des Anfechtungsgegners noch einer weiteren normativen Korrektur bedürften.

Für nahestehende Personen gemäß § 138 InsO wird aufgrund deren typischerweise besseren Informationslage schließlich die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags nach §§ 132 Abs. 3, 130 Abs. 3 InsO widerleglich vermutet.<sup>1052</sup>

### **(cc) § 130 Absatz 1 InsO**

Der Anfechtungstatbestand der kongruenten Deckung einer Forderung nach § 130 Abs. 1 InsO stellt nach der hier vertretenen Konzeption – entsprechend seiner weitgehenden Parallelen im Wortlaut – im Kern nur eine besondere Konkretisierung des § 132 Abs. 1 InsO dar, die allerdings aufgrund ihrer äußerst großen Praxisrelevanz im Gesetz nochmals als eigenständige Regelung ihren Niederschlag gefunden hat. Der maßgebliche Unterschied zu § 132 Abs. 1 InsO liegt allein darin, dass im Rahmen des § 130 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung des Schuldners nicht unbedingt erforderlich ist und vielmehr auch eine solche des Anfechtungsgegners angefochten werden kann.

Diese abweichende Sonderregelung ist wie dargelegt gerechtfertigt, weil der Anfechtungsgegner bei § 130 Abs. 1 InsO stets ein Insolvenzgläubiger des Schuldners ist.<sup>1053</sup> Denn in der Folge hat der Gegner zur Beitreibung seiner Forderung einen Insolvenzantrag zu stellen, so dass er insofern anfechtungsrechtlich in die Verantwortung genommen und eine gegen diese Verantwortung verstoßende Einzelbeitreibung anfechtbar ist. Im Übrigen erfüllt die Deckung einer Forderung gemäß § 130 Abs. 1 InsO jedoch alle Merkmale des § 132 InsO. Denn zunächst handelt es sich stets um eine Handlung, für deren Beständigkeit ein zivilrechtlicher Vertrauensschutz besteht, weil sie eine Forderung des Gegners eben deckt, das heißt dieser auf die Rechtshandlung einen Anspruch hatte.<sup>1054</sup> Darüber hinaus ist die Rechtshandlung aber auch stets unmittelbar nachteilhaft, weil die Deckung in aller Regel als ein abstraktes Verfügungsgeschäft erfolgt, welches selbst eine Gegenleistung nicht zu erkennen gibt,<sup>1055</sup> oder zumindest als eine Handlung, aufgrund derer der Schuldner im Sinne des § 132 Abs. 2 InsO ein Recht verliert.<sup>1056</sup>

Schließlich waren dem Gegner zum Zeitpunkt der Deckung auch die Umstände bekannt, welche zwingend auf die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens schließen lassen, weil insofern die Regelungen in § 130 InsO und § 132 InsO schon nach ihrem Wortlaut vollkommen identisch sind. Insbesondere reicht dazu gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, respektive gemäß § 130 Abs. 2 InsO die Kenntnis von Um-

<sup>1051</sup> Siehe aber für den Fall der Deckungsanfechtung noch die Regelungen der § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO. Dazu sogleich unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(dd), Seite 242.

<sup>1052</sup> MüKo/Kayser, InsO, § 132 Rn. 32; Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO.

<sup>1053</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)bb)(2)(a), Seite 178.

<sup>1054</sup> Siehe bereits unter C.II.1)b)aa)(2)(a), Seite 216.

<sup>1055</sup> Siehe auch schon am Anfang unter B.I.2)c)bb), Seite 39.

<sup>1056</sup> Erfüllungshandlungen, durch die der Schuldner keine Vermögenswerte aufwendet, stellen mangels Vermögensbelastung bereits keine Rechtshandlung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO dar. Siehe dazu bereits unter C.II.1)a)aa), Seite 176.

ständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Letztlich auf deren Nachweis wird es in der Situation der Deckungsanfechtung also in der Praxis ankommen.

**(dd) § 131 Absatz 1 Nummern 2 InsO**

Eben weil der Nachweis dieser Umstände über den Erfolg einer Deckungsanfechtung im Endeffekt entscheidet, hat der Gesetzgeber einen in dieser Hinsicht besonders praxisrelevanten Fall in § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO schließlich nochmals ausdrücklich geregelt. In diesem Sinne wird die nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO geforderte Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO durch die Inkongruenz der Deckung ersetzt. Wenn im Übrigen zwischen beiden Tatbeständen hingegen keine Unterschiede bestehen, muss eine systematische Auslegung vor dem Hintergrund der gemeinsamen Parallelwertung ergeben, dass im Ausgangspunkt eine Inkongruenz im Sinne des § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO erst dann besteht, wenn sie nach »Art und Ausmaß« einen Umstand darstellt, von dem der Gegner auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners »zwingend« schließen musste. Ein solch striktes Verständnis ist freilich auf besonders krasse Fälle beschränkt.<sup>1057</sup>

In einer mittelstarken Form ist es allerdings gerade aufgrund der Parallele zu § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO ebenso gerechtfertigt, die Inkongruenz lediglich als ein »Beweisanzeichen« mit Indizienwirkung für eine tatsächlich bereits bestehende Kenntnis des Gegners von der Zahlungsunfähigkeit anzusehen.<sup>1058</sup> In dieser Form ist sie dann auch geeignet, eine hohe Praxisrelevanz zu entfalten. Insofern ist etwa an solche Konstellationen zu denken, in denen der Gläubiger eine besondere Eile hat. Denn in dieser Eile kann der Verdacht begründet werden, dass er versucht, sich noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Deckung seiner Forderung zu sichern.

So wird in der Rechtsprechung die Erfüllung einer Forderung aufgrund des Drucks des Gläubigers als inkongruent eingestuft.<sup>1059</sup> Dem ist vor allem dann zuzustimmen, wenn der Gläubiger dem Schuldner mit der Stellung eines Insolvenzantrags drohte.<sup>1060</sup> Denn dies impliziert zugleich, dass er die Möglichkeit eines Insolvenzverfahrens kannte. Ein solcher Schluss liegt in abgeschwächter Form aber ebenso nahe, wenn die Deckung noch vor Fälligkeit erfolgen sollte, weil dann zu vermuten steht, dass der Gläubiger die spätere anspruchsgemäße Erfüllung aufgrund des drohenden Insolvenzverfahrens nicht mehr für möglich hielt, weil er bereits von der Zahlungsunfähigkeit wusste.

Insoweit bietet sich nach hier vertretener Auffassung also je nach Stärke des Verdachts entweder die Schaffung einer richterlichen Beweislastumkehr oder eines Anscheinsbeweises an, welche jeweils in § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO ihren normativen Anknüpfungspunkt finden. Die Anfechtung selbst erfolgt dann allerdings weiterhin nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Denn unmittelbar über § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO kann entsprechend der Systematik des Gesetzes wie dargelegt nur dann angefochten werden, wenn die Inkongruenz bereits zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lässt.

**(ee) § 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO**

Diese besonders krasse Fälle der Inkongruenz werden auch von § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO adressiert. Im Unterschied zu Nummer 2 von § 131 Abs. 1 InsO wird dabei allerdings nicht

---

<sup>1057</sup> Siehe zu diesen noch sogleich unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(ee), Seite 242 f.

<sup>1058</sup> Anders die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 159, wonach die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit bereits »unwiderleglich« vermutet werde. Dies ist nach hier vertretener Auffassung aber nur bei einer entsprechend starken Inkongruenz gerechtfertigt.

<sup>1059</sup> BAG, NJW 2014, 3262 Rn. 21; BGH, NZI 2012, 561 Rn. 2; NZI 2011, 140 Rn. 7; NJW-RR 2003, 1201, 1202.

<sup>1060</sup> BGH, NJW-RR 2013, 161 Rn. 10; NJW 2004, 1385, 1386; NJW 1999, 3046, 3047.

nur auf die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verzichtet, sondern entsprechend dem Wortlaut der Vorschrift auch auf diese selbst. Die Begründung des Regierungsentwurfs führt dazu aus, dass nicht nur die Kenntnis von der Krise des Schuldners, sondern auch die Krise selbst unwiderleglich vermutet werde.<sup>1061</sup> In der Ausgangslage wurde bereits dargelegt, dass gegen diese pauschalisierende Schärfe des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO teilweise verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet werden.<sup>1062</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist die Vorschrift jedoch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich, wenn in ihrem Anwendungsbereich Art und Ausmaß der Inkongruenz ausschließlich in der strikten Weise interpretiert werden, dass von der Inkongruenz zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geschlossen werden muss.

Dies ist nur dann der Fall, wenn der Schuldner sein sprichwörtlich „letztes Hemd“ gibt, etwa indem er anstatt der Zahlung einer Geldsumme gemäß §§ 362, 364 Abs. 1 BGB die Übereignung von seinen persönlichen Wertgegenständen anbietet. Denn hierin drückt sich eine Verzweiflung des Schuldners aus, welche aus einer objektiven Sicht nur darin begründet liegen kann, dass er zur Zahlung eben nicht imstande und somit zahlungsunfähig ist. Dies muss der Gläubiger aufgrund der Offensichtlichkeit dieser Verzweiflung auch erkennen. Wusste er bis dahin nicht von der Zahlungsunfähigkeit, muss sie ihm also spätestens dann bekannt sein. Folglich ist er letztlich auch im Falle des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO bösgläubig.

**(ff) Zwischenfazit**

Bis hierhin soll festgehalten werden, dass die von der herrschenden Meinung als besondere Insolvenzanfechtung<sup>1063</sup> bezeichneten Tatbestände der §§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 132 InsO auch nach der hier vertretenen Systematik als eine Gruppe von Tatbeständen aufgefasst werden können. Ihre Eigenheit liegt allerdings nicht etwa darin, dass sie auf der Durchsetzung der *par conditio creditorum* basieren. Vielmehr ersetzen sie beim Anfechtungsgegner die fehlende Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung durch objektive Umstände, aufgrund derer eine optimistische Prognose normativ nicht mehr anzuerkennen ist. Insofern werden die denkbaren Argumente, welche vom Anfechtungsgegner zur Begründung einer optimistischen Prognose angeführt werden könnten, durch die Tatbestandsmerkmale jeweils entkräftet, so dass sich sein Optimismus bei einer wertenden Betrachtung als nicht schützenswerte Spekulation darstellt. Dabei bildet der Ausgangspunkt dieser Gruppe der Tatbestände der § 132 InsO, dessen Wertung auch den übrigen Tatbeständen der besonderen Insolvenzanfechtung zugrunde liegt. Lediglich wird diese Wertung aufgrund der besonderen Praxisrelevanz der Deckungsanfechtung in den §§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO schrittweise weiter konkretisiert.

**(c) Kenntnis vom belasteten Vermögen bei mittelbaren Zuwendungen**

Die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung hat allerdings zur allgemeinen Grundvoraussetzung, dass der Anfechtungsgegner überhaupt davon weiß, dass das Schuldnervermögen von der Rechtshandlung belastet wird. Dieses Wissen um die Vermögensbelastung ist im gesetzlichen Regelfall des Zweipersonenverhältnisses selbstverständlich, weil hier die Vermögensbelastung die unmittelbare Kehrseite der Begünstigung des Anfechtungsgegners darstellt. Während der Gesetzgeber die Kenntnis von der Vermögensbelastung daher als eigenständiges Merkmal der Tatbestände nicht ausdrücklich normiert hat, ist sie allerdings im Sonderfall des Dreipersonenverhältnisses der mittelbaren Zuwendung nicht zwingend. Denn während bei ei-

<sup>1061</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 158. Bestätigend *Thole*, ZZZ 121 (2008), 67, 79, der von der »pauschalierenden Annahme« spricht, dass die Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt bereits vorlag.

<sup>1062</sup> Siehe bereits unter B.III.2)b), Seite 72.

<sup>1063</sup> Siehe bereits unter B.III.2), Seite 71 f.

ner mittelbaren Zuwendung sowohl das Schuldner- als auch das Mittelsvermögen belastet wird, kann es im Einzelfall gar nicht so fernliegend sein, dass diese doppelte Vermögensschmälerung dem Empfänger der Zuwendung nicht klar gewesen ist und er somit entweder von der Belastung des Schuldnervermögens oder aber des Mittelsvermögens keine Kenntnis hatte und insofern gutgläubig wäre.

So wurde bereits dargelegt, dass eine solche dreipersonenspezifische Gutgläubigkeit des Empfängers hinsichtlich der Belastung des Schuldnervermögens möglich ist, wenn der Empfänger durch die Einschaltung der Mittelsperson etwa davon ausging, dass nicht der Schuldner, sondern die Mittelsperson der Zuwendende ist.<sup>1064</sup> Umgekehrt ist es ebenfalls denkbar, dass der Empfänger nicht wusste, dass die Mittelsperson mit der Zuwendung ihr eigenes Vermögen schmälert, etwa weil der Empfänger davon ausging, dass es sich bei der Mittelsperson lediglich um einen Boten oder Besizdiener des Schuldners handelte.<sup>1065</sup>

Von der herrschenden Meinung wird deshalb im Ergebnis zu Recht gefordert, dass bei mittelbaren Zuwendungen der Empfänger erkennen können musste, dass es sich um eine Leistung des späteren Verfahrensschuldners handelte.<sup>1066</sup> Während diese Voraussetzung teilweise jedoch mit einer Parallele zum Bereicherungsrecht begründet wird,<sup>1067</sup> ergibt sie sich tatsächlich bereits aus der tatbestandlichen Wertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners. Denn wenn die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung die Kenntnis vom betroffenen Vermögen zwangsläufig voraussetzt, muss letztere zumindest dann in der Prüfung des Anfechtungstatbestandes schon ohne Weiteres enthalten sein, sofern der Tatbestand beim Gegner eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung positiv erfordert.<sup>1068</sup> Soweit eine Anfechtung allerdings auch bei einer optimistischen Prognose des Gegners möglich ist, welche durch die Tatbestände lediglich normativ korrigiert wird, handelt es sich bei der Kenntnis vom belasteten Vermögen um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das zusätzlich geprüft und beim Gegner bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vorliegen muss.<sup>1069</sup>

Dabei ist der Maßstab für diese Kenntnis im Dreipersonenverhältnis freilich derselbe wie im Zweipersonenverhältnis. Wenn auch in diesem die Kenntnis vom belasteten Vermögen nicht ausdrücklich normiert wurde, liegt dies darin begründet, dass sich das betroffene Vermögen bereits zwingend aus den Umständen ergibt, die dem Anfechtungsgegner ohnehin bekannt sind. Denn weil im Zweipersonenverhältnis die Begünstigung des Gegners die unmittelbare Kehrseite der Belastung des Schuldnervermögens bildet, weiß hier der Gegner mit der Kenntnis von seiner Begünstigung auch von den Umständen, aufgrund derer er zwingend darauf schließen muss, dass das Schuldnervermögen belastet wurde. Dass die Kenntnis von solchen Umständen für das Wissen um die Vermögensbelastung bereits ausreicht, entspricht zugleich auch dem in den §§ 130 Abs. 2, 131 Abs. 2 InsO festgelegten Maßstab für die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit respektive der Gläubigerbenachteiligung. Es ist deshalb sachgerecht,

---

<sup>1064</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(a)(bb)(ccc), Seite 193.

<sup>1065</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(b)(bb)(bbb), Seite 199.

<sup>1066</sup> BGH, NJW 1999, 3636; Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, InsO, § 145 Anh. I Rn. 20; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 49; Uhlenbruck/Hirte/Ende, InsO, § 129 Rn. 267; Röttger, Anweisungsleistungen, S. 104. Andere Ansicht jedoch Neyses, Mehrpersonenverhältnisse, S. 72 ff.

<sup>1067</sup> So etwa Röttger, aaO. Auf diesem Verständnis basiert auch die insofern berechtigte Kritik von Neyses, aaO.

<sup>1068</sup> Vgl. insoweit auch Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, aaO, der zu Recht eine enge Verknüpfung zwischen den subjektiven Tatbestandsmerkmalen und der Erkennbarkeit als Drittleistung sieht.

<sup>1069</sup> Andere Ansicht aber Kübler/Prütting/Bork/Brinkmann, aaO, der meint, dass in den Fällen der § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO aufgrund der vollständigen Verobjektivierung des Tatbestandes hiervon eine Ausnahme zu machen sei. Dies kann nach hier vertretener Auffassung allerdings nicht überzeugen, da § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO wie soeben dargelegt aufgrund der Inkongruenz nur die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unwiderleglich vermutet, nicht jedoch auch die Kenntnis davon, dass die Leistung aus dem Schuldnervermögen stammt.

diesen Maßstab im Dreipersonenverhältnis für die Kenntnis vom belasteten Vermögen analog heranzuziehen.

### **(3) Korrektur ex post durch die Fristen der Tatbestände**

Neben den Informationen, welche dem Anfechtungsgegner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vorlagen, hängt die normative Anerkennung einer Prognose über den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung, allerdings noch von einem zweiten Aspekt ab. Denn tatsächlich kann niemand in die Zukunft sehen, so dass ganz gleich wie fundiert die Einschätzung aus einer Sicht ex ante auch erscheinen mag, ihr spekulativer Charakter mit zunehmendem zeitlichem Abstand ex post steigen muss. Sollen aber gerade bloße Spekulationen normativ nicht mehr als Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung anerkannt werden, muss deshalb jede Prognose gleichsam ein „Verfallsdatum“ tragen, welches ihr die anfechtungsrechtliche Relevanz raubt, wenn die Gläubigerbenachteiligung bis dahin tatsächlich noch nicht eingetreten ist.<sup>1070</sup>

#### **(a) „Verfallsdatum“ der Bösgläubigkeit**

Eben diesem Gedanken tragen die Anfechtungstatbestände der Parallelwertung Rechnung, wenn sie neben den Informationen des Anfechtungsgegners jeweils auch eine Frist festlegen, innerhalb derer eine Anfechtung rückwirkend vom Insolvenzantrag erfolgen muss. Dabei lässt sich der genaue Zeitraum dieser Frist dogmatisch freilich nicht einwandfrei herleiten; im Ausgangspunkt ist er einer gewissen Willkürlichkeit vielmehr nicht enthoben. Wurde ein solcher Ausgangspunkt für einen bestimmten Tatbestand allerdings einmal festgelegt, ist sodann durch die hier vertretene Parallelwertung dogmatisch vorgegeben, dass für einen anderen Tatbestand die Anfechtungsfrist nur länger sein kann, wenn auch die Prognose ex ante objektiv fundierter war, so dass über den tatsächlichen Eintritt der Gläubigerbenachteiligung objektiv eine höhere Gewissheit bestand. Umgekehrt muss die Anfechtungsfrist für einen anderen Tatbestand wiederum kürzer sein, wenn diese Prognose objektiv bereits ex ante weniger sicher, das heißt spekulativer war als beim Vergleichstatbestand. Insofern besteht also ein Wechselspiel zwischen der objektiven Gewissheit und der Länge der Anfechtungsfrist als Verfallsdatum der Bösgläubigkeit.

Während sich dieses Wechselspiel in seiner direkten Anwendung nur auf pessimistische Prognosen des Anfechtungsgegners bezieht, gilt es in abgewandelter Form aber genauso, wenn der Gegner aufgrund einer optimistischen Prognose eine Gläubigerbenachteiligung von vornherein nicht für möglich gehalten hat. Lediglich stellt sich hier mit zunehmenden Zeitablauf nicht etwa der Optimismus des Anfechtungsgegners als Spekulation dar, sondern vielmehr seine nicht gewährte Anerkennung durch den Gesetzgeber. Denn indem der Gesetzgeber Anfechtungstatbestände normiert hat, aufgrund deren Situationen er dem Anfechtungsgegner den Einwand des Vertrauens auf eine positive Entwicklung nicht mehr zubilligt, macht sich der Gesetzgeber letztlich klüger, als diejenigen, welche im konkreten Einzelfall tatsächlich handeln.

Insofern ist allerdings erhöhte Vorsicht geboten, denn der Gesetzgeber kann auf die detaillierten Besonderheiten des Einzelfalls naturgemäß nicht eingehen. Stattdessen wird die vom Gesetzgeber vorgenommene Korrektur gerade aufgrund der zwingenden Pauschalisierung objektiv schnell unfundiert, so dass gleichsam eine „Korrektur der Korrektur“ notwendig wird,

<sup>1070</sup> Vgl. insofern auch BGH, NJW 2004, 1385, 1388, wonach die Indizienwirkung einer inkongruenten Deckung umso weniger ins Gewicht fällt, je länger die Handlung vor der Verfahrenseröffnung liegt. Ebenso Kayser, NJW 2014, 422, 428, der zu Recht ausführt, dass sich die Indizienwirkung durch Zeitablauf »praktisch selbst widerlegt«. Richtig auch Klinck, Grundlagen, S. 272, der darauf hinweist, dass mit Ablauf der Frist ein schützenswertes Vertrauen entsteht. Anders aber Marotzke, ZZP 105 (1992), 451, 455 nach dem auf Zeitschranken aufgrund der Zufälligkeit des Zeitpunktes des Insolvenzantrags verzichtet werden sollte.

welche sich darin ausdrückt, dass die ex ante erfolgte Korrektur ex post wiederum einem kurzen Verfallsdatum unterliegt. Dies gilt umso mehr, wenn wichtige Umstände vom Gesetzgeber je nach Tatbestand durch eine typisierende Betrachtung bereits vermutet werden. Insbesondere hat sich der Gesetzgeber nicht nur zur Korrektur einer optimistischen Prognose solch typisierender Betrachtungen bedient, sondern teilweise ebenso zur Untermauerung einer pessimistischen Einschätzung, so dass auch hier im Ergebnis eine relativ kurze Anfechtungsfrist geregelt ist, sofern nicht der Nachweis des tatsächlichen Vorliegens des jeweiligen Umstandes gelingt.

**(b) Pessimistische Prognose**

Hat der Anfechtungsgegner die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung nicht mehr in Frage gestellt, muss die in dieser Hinsicht aufgrund der objektiven Umstände untermauerte Gewissheit, ex ante umso stärker sein, desto länger ex post die Anfechtungsfrist ist. Deshalb ist die Frist konsequenterweise am längsten, wenn die bestehende objektive Wahrscheinlichkeit einer Gläubigerbenachteiligung bei der Vornahme der Rechtshandlung als maximal angesehen werden kann.

**(aa) § 133 Absatz 1 Satz 1 InsO**

Eine solch maximale Gewissheit besteht gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO wie gesehen immer dann, wenn der Schuldner die Rechtshandlung schon mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.<sup>1071</sup> Denn aufgrund seines Vorsprungs an Wissen und Wollen ist die Prognose des Schuldners aus der Sicht des Anfechtungsgegners objektiv der tragfähigste Umstand, von dem auf den tatsächlichen Eintritt der Gläubigerbenachteiligung geschlossen werden kann. Eine Begrenzung der Anfechtbarkeit ist in diesem Falle nur noch gerechtfertigt, wenn der Anfechtungsgegner wegen Zeitablaufs nicht mehr damit rechnen muss, dass der Schuldner seinen ursprünglich gefassten Vorsatz noch umsetzen wird.

Diese Frist wird von § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO auf zehn Jahre festgelegt, was im Rahmen der Parallelwertung die mit Abstand längste Frist darstellt. Aufgrund der objektiv maximalen Gewissheit ist diese Länge gerechtfertigt. Allerdings ist dem Gesetzgeber insofern ein erheblicher Beurteilungsspielraum zuzuerkennen, so dass ebenso deutlich kürzere Fristen vertretbar erschienen, solange sie nur weiterhin den maximal möglichen Anfechtungszeitraum bilden und folglich andere Tatbestände, die eine geringere objektive Gewissheit voraussetzen, nicht eine längere Frist besitzen würden.

**(bb) § 133 Absatz 2 InsO**

Von Absatz 2 Satz 1 des § 133 InsO wird wie gesehen primär das Vorliegen eines Falles des Absatzes 1 Satz 1 aufgrund der besonders verdächtigen Umstände vom Gesetzgeber widerleglich vermutet.<sup>1072</sup> Deshalb ist es zunächst folgerichtig, dass Satz 1 von Absatz 2 keine eigene Anfechtungsfrist festlegt und auch sonst kein Kriterium nennt, welches eine zeitliche Eingrenzung implizieren würde. Allerdings ist nach Satz 2 von Absatz 2 eine Anfechtung nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Anfechtungsgegner nachweist, dass ein Fall des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO tatsächlich nicht vorliegt, sondern ebenso, wenn er beweisen kann, dass der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag geschlossen worden ist.<sup>1073</sup>

Dieses zweijährige „Verfallsdatum“ drückt bereits den allgemeinen Rechtsgedanken aus, dass Pauschalisierungen des Gesetzgebers den positiven Nachweis einer Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung nur für eine deutlich begrenzte Zeit ersetzen können. Zwar erscheint ein

---

<sup>1071</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(aa)(aaa), Seite 230.

<sup>1072</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(dd)(aaa), Seite 236.

<sup>1073</sup> Vgl. die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 160, wonach § 133 Abs. 2 Satz 2 InsO auch die Beweislast hinsichtlich des Zeitpunktes des Vertrages umkehrt, um der Gefahr von Rückdatierungen zu begegnen.

Zeitraum von zwei Jahren im Verhältnis zu den übrigen Tatbeständen weiterhin als lang; weil Absatz 2 von § 133 InsO allerdings in erster Linie das Vorliegen eines Falles von Absatz 1 Satz 1 vermuten soll, relativiert sich diese Länge erheblich. Denn die dort bemessene Anfechtungsfrist ist wie gesehen gleich fünfmal so lang.

Indessen genügt es für den Entlastungsbeweis des Absatzes 2 Satz 2 von § 133 InsO wie dargelegt nicht, dass der Gegner lediglich nachweist, dass ein Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht bestand, respektive er von diesem keine Kenntnis hatte.<sup>1074</sup> Denn weil eben diese Kenntnis nach Absatz 1 Satz 2 von § 133 InsO nach der hier vertretenen Konzeption *unwiderleglich* vermutet wird,<sup>1075</sup> ist der Anfechtungsgegner indirekt vielmehr auch dazu angehalten, die Voraussetzungen von Absatz 1 Satz 2 zu widerlegen, um seine Gutgläubigkeit zu beweisen. Insofern hat er nachzuweisen, dass er entweder keine eigene Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung hatte, oder dass er von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht wusste.

Aufgrund dieses Zusammenhangs mit § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO erscheint die Anfechtungsfrist von zwei Jahren allerdings noch in einem zweiten Gewand. Denn ist diese verstrichen, bedeutet dies zugleich, dass der Gesetzgeber nicht nur davon ausgeht, dass ein Fall des Satzes 1 von § 133 Abs. 1 InsO nicht mehr automatisch gegeben ist, sondern dass dies indirekt ebenfalls für dessen Satz 2 gelten muss. In diesem Sinne ist die Zweijahresfrist jedoch dazu geeignet, eine konkretisierende Regelwirkung hinsichtlich des Merkmals der »drohenden« Zahlungsunfähigkeit zu beinhalten.

Denn weil auch die Vermutung eines Falles des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO durch den Ablauf von zwei Jahren nicht mehr greift, heißt dies zugleich, dass der Gesetzgeber für den Regelfall davon ausgeht, dass eine drohende Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ex post nur innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren vor dem Insolvenzantrag bereits vorliegen wird. Bei *früheren* Rechtshandlungen wäre eine »drohende« Zahlungsunfähigkeit in der Konsequenz regelmäßig noch nicht gegeben. Damit ist jedoch ein wertvoller Anhaltspunkt für die äußere Grenze der Anfechtungsfrist der Generalklausel aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO gefunden, welcher in der Systematik des Gesetzes bei einer genaueren Betrachtung schon angelegt ist und sich deshalb widerspruchsfrei in das Gesamtsystem einfügen lässt.

**(cc) § 131 Absatz 1 Nummer 3 InsO**

Hingegen wird von der Anfechtungsfrist des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO wiederum konkretisiert, ab welchem Zeitpunkt eine »drohende« Zahlungsunfähigkeit – gleichsam am anderen Ende der Zeitskala – *spätestens* anzunehmen ist. Denn wie dargelegt stellt § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO nur eine Konkretisierung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO dar.<sup>1076</sup> Wenn dabei § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO im Gegensatz zu § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zwar auf das Tatbestandsmerkmal einer drohenden Zahlungsunfähigkeit verzichtet, findet allerdings eben diese Voraussetzung in der relativ kurzen Anfechtungsfrist von nur drei Monaten vor Antragsstellung wieder seinen Niederschlag. Das bedeutet also, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Zahlungsunfähigkeit spätestens dann zum Zeitpunkt der Rechtshandlung bereits »drohte«, wenn von der Rechtshandlung bis zum Insolvenzantrag nicht mehr als drei Monate vergangen sind.

**(dd) § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO**

Drohte die Zahlungsunfähigkeit hingegen schon früher als drei Monate vor dem Insolvenzverfahren, muss dieses Drohen als Anfechtungsvoraussetzung zur Untermauerung der pessimisti-

<sup>1074</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(dd)(bbb), Seite 237.

<sup>1075</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(bb), Seite 231.

<sup>1076</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(cc), Seite 233.



schen Prognose des Anfechtungsgegners vom Insolvenzverwalter nachgewiesen werden. Eben diesen Fall regelt schließlich die Generalklausel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. In dieser ist eine starre Anfechtungsfrist nicht enthalten. Wie gesehen kann insofern auch nicht auf Satz 1 von § 133 Abs. 1 InsO zurückgegriffen werden,<sup>1077</sup> weil dieser einerseits auf die Konstellation der Teilhabe am Wissensvorsprung des Schuldners zugeschnitten ist und andererseits der in dieser Hinsicht vorgesehene Zeitraum von zehn Jahren zur Konkretisierung des »Drohens« der Zahlungsunfähigkeit offensichtlich zu lang wäre.

**(aaa) Flexible Handhabung zwischen drei Monaten und zwei Jahren**

Stattdessen wurde allerdings soeben aufgezeigt, dass sich aus der Systematik der Anfechtungstatbestände der Zeitraum eines »Drohens« der Zahlungsunfähigkeit herleiten lässt, indem aufgrund der Zusammenhänge zu den §§ 131 Abs. 1 Nr. 3, 133 Abs. 2 InsO für den Regelfall davon auszugehen ist, dass eine drohende Zahlungsunfähigkeit frühestens zwei Jahre, spätestens hingegen in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag gegeben ist. Damit ist jedoch der zeitliche Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO abgesteckt, innerhalb welchem das Merkmal des »Drohens« der Zahlungsunfähigkeit entsprechend dem jeweiligen Einzelfall flexibel gehandhabt werden kann.

§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ist daher ein leistungsstarkes Instrument, mit dem die Praxis auf besondere Einzelfälle angemessen reagieren kann. Insofern gibt das Wechselspiel zwischen der objektiven Gewissheit und der Länge der Anfechtungsfrist lediglich vor, dass zum Zeitpunkt der Rechtshandlung die objektive Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Gläubigerbenachteiligung umso höher gewesen sein muss, desto länger dieser Eintritt tatsächlich ausgeblieben ist. Das heißt also, dass die Anfechtungsfrist umso länger sein kann, desto stärker die Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Rechtshandlung den objektiven Umständen nach tatsächlich drohte.

**(bbb) Fortsetzung der Deckungsanfechtung**

Solche objektiven Anhaltspunkte können insbesondere im Falle einer Inkongruenz der Deckung bestehen. Denn die Inkongruenz kann im Rahmen des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Kenntnis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit wie dargelegt ersetzen.<sup>1078</sup> Dies liegt wie gesehen darin begründet, dass die Abweichung vom ursprünglichen Anspruchsinhalt auch schon in ihren leichteren Ausmaßen ein »Drohen« der Zahlungsunfähigkeit objektiv nahelegt. Während die Inkongruenz deshalb ebenso im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO eine Bedeutung erlangen kann, wird zur Anfechtung einer inkongruenten Deckung von der Rechtsprechung neben den §§ 130, 131 InsO im Ansatz vollkommen zu Recht auch die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO herangezogen und somit die Deckungsanfechtung im rechtspraktischen Ergebnis über die Grenzen der §§ 130, 131 InsO hinaus erweitert.<sup>1079</sup> In der Ausgangslage wurde allerdings schon dargelegt, dass die insofern bestehende Rechtsprechung des BGH zu erheblicher Rechtsunsicherheit und Kritik in Wirtschaft und Schrifttum geführt hat. Diese Rechtsunsicherheit ist den konzeptionellen Schwächen der Herangehensweise der herrschenden Meinung geschuldet, die sich mit der hier vertretenen Konzeption überwinden lassen.

Dabei besteht die erste Ursache für die bestehende Rechtsunsicherheit in der unscharfen Handhabung des Merkmals der Inkongruenz und dem damit verbundenen Bruch mit der allgemeinen Dogmatik des Vorsatzbegriffs. Denn anstatt die Inkongruenz mit der hier vertretenen Auffassung konsequent am Maßstab der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszulegen,

---

<sup>1077</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(bb)(bbb), Seite 232.

<sup>1078</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(cc)(aaa), Seite 234.

<sup>1079</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff)(3), Seite 94.

soll ihr darüber hinaus im Sinne eines Beweisanzeichens wie gesehen noch die weiteren Verdächtigkeiten eines Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners sowie einer dahingehenden Kenntnis des Gegners zukommen.<sup>1080</sup> Damit wird die Inkongruenz einer Deckung einerseits allerdings mit weiteren Erwägungen vermengt, so dass ihre Konkretisierung keinem stringenten Leitfadens mehr folgt. Andererseits wird diese Begriffsunschärfe durch die Postulierung eines Beweisanzeichens für das Vorliegen eines Schuldnervorsatzes auf den Vorsatzbegriff des § 133 Abs. 1 InsO wiederum übertragen, weshalb ebenso unklar ist, wann bei Deckungsgeschäften über die §§ 130, 131 InsO hinaus auch noch eine Vorsatzanfechtung in Betracht kommt.

Auf der Basis der herrschenden Meinung kann allerdings trotz dieser Unsicherheiten auf eine Vermengung der Inkongruenz mit dem Vorsatzbegriff für eine Erweiterung der Deckungsanfechtung über § 133 Abs. 1 InsO nicht verzichtet werden. Denn liegt nach dem herkömmlichen Verständnis der Grund der Vorsatzanfechtung gerade im Fehlverhalten des Schuldners, bedarf es zur Begründung einer Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO stets des Umweges einer Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes.<sup>1081</sup> Dies ist nach der hier vertretenen Konzeption aber nicht notwendig, denn tatsächlich steht der Schuldner für seine Zahlungsverbindlichkeiten garantieähnlich ein, so dass es für eine Anfechtbarkeit auf ein Fehlverhalten schon im Ansatz gar nicht ankommen kann.<sup>1082</sup> Deshalb wird für den Fall des Satzes 2 von § 133 Abs. 1 InsO ein tatsächlicher Vorsatz des Schuldners wie gesehen schon gar nicht vorausgesetzt, sondern unwiderleglich vermutet,<sup>1083</sup> so dass auch der Umweg über die Feststellung eines Schuldnervorsatzes in Wahrheit nicht erforderlich ist.

Indem die Rechtsprechung einen solchen Vorsatz gleichwohl bereits aufgrund der Inkongruenz annimmt, liegt jedoch kein Fall von Satz 2 des § 133 InsO vor, sondern wird über dessen Satz 1 der äußerst lange Anfechtungszeitraum von zehn Jahren eröffnet. Dies ist allerdings nicht sachgerecht, weil ein solch langer Zeitraum nur bei einer maximalen Gewissheit vom Eintritt der Gläubigerbenachteiligung gerechtfertigt werden,<sup>1084</sup> nicht hingegen durch einen nur notdürftig über die Inkongruenz begründeten Schuldnervorsatz. Stattdessen handelt es sich nach der hier vertretenen Konzeption bei einer inkongruenten Deckung für sich gesehen nur um einen Fall des Satzes 2 von § 133 Abs. 1 InsO, der allerdings wie gesehen regelmäßig auf eine Frist von zwei Jahren zu begrenzen ist.

Dabei findet § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wie dargelegt nicht nur bei einer drohenden Zahlungsunfähigkeit, sondern im Wege des Erst-recht-Schlusses auch bei einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eine Anwendung.<sup>1085</sup> Wenn im letzteren Falle der Gläubiger jedoch zur Durchsetzung seiner Forderung gemäß § 14 InsO auf die Stellung eines Insolvenzantrags verwiesen ist,<sup>1086</sup> übersieht der BGH schließlich, dass daher auch Rechtshandlungen des Anfechtungsgegners gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO anfechtbar sein müssen.<sup>1087</sup>

<sup>1080</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)a)ff(3), Seite 94, sowie B.IV.2)d)cc(1), Seite 109.

<sup>1081</sup> Der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners stellt insofern gleichsam ein „Nadelöhr“ der Anfechtbarkeit dar, das die Anfechtungsmöglichkeiten interessenwidrig einengt. Siehe dazu bereits unter B.III.3)b)bb(2), Seite 79.

<sup>1082</sup> Siehe bereits unter C.I.2)c)cc), Seite 151.

<sup>1083</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb(2)(a)(bb), Seite 231.

<sup>1084</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb(3)(b), Seite 246.

<sup>1085</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb(2)(a)(bb)(ccc), ab Seite 233.

<sup>1086</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)bb(2)(a), ab Seite 178.

<sup>1087</sup> Dies steht insbesondere auch im Einklang mit dem Wortlaut des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Denn dieser spricht nur von einer »Handlung«, lässt dabei für sich gesehen jedoch offen, wer diese vorgenommen hat. Versteht man die Vorschrift mit der hier vertretenen Auffassung als einen von den Voraussetzungen des Satz 1 losgelösten, *eigenen* Tatbestand (siehe unter C.II.3)a)bb(2)(a)(bb)(aaa), Seite 232), ist somit für die Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen eines Gläubigers nicht einmal eine analoge Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO er-

Denn in dessen Stellung als Insolvenzgläubiger trifft den Gegner eine anfechtungsrechtliche Verantwortung für den Verzicht auf einzelne Forderungsbeitreibungen, so dass sein Verhalten eine anfechtbare Rechtshandlung begründen kann. Weil diese Verantwortung allerdings nur in der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners besteht, ist insbesondere auch nicht zu befürchten, dass eine darauf gestützte Anfechtbarkeit von Gläubigerhandlungen gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO die Deckungsanfechtung über Gebühr ausweiten würde.<sup>1088</sup>

Vielmehr ergibt sich nach der hier vertretenen Konzeption ein in sich abgestimmtes Gesamtsystem, indem § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO einerseits auf den Zeitraum von höchstens zwei Jahren beschränkt sein wird und andererseits unter der strengeren Voraussetzung einer positiven Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung steht. In der Folge lässt er im Gegensatz zu den §§ 130, 131 InsO eine optimistische Prognose des Gläubigers nicht ausreichen, verlangt dafür allerdings in Abgrenzung zu § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO auch keinen Schuldnervorsatz. Mit dieser dazwischenliegenden und auch zeitlich nicht ausufernden Regelung, wird über die Generalklausel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO die Deckungsanfechtung also lediglich in einer ausbalancierten und daher sachgerechten Weise über den Dreimonatszeitraum fortgesetzt.

**(c) Optimistische Prognose**

Hat der Anfechtungsgegner hingegen keine positive Kenntnis von der später eintretenden Gläubigerbenachteiligung, kann diese Kenntnis durch die objektiven Umstände gemäß den §§ 132 Abs. 1, 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO allein im Rahmen eines Dreimonatszeitraums ersetzt werden. Dabei ist es in der Sache der typische »Ich hab es doch gesagt!«-Vorwurf, der in diesen Tatbeständen zum Ausdruck kommt. Dieser Vorwurf setzt aber voraus, dass das was gesagt wurde, auch tatsächlich eingetreten ist. Umso länger dies nach dem wirklichen Geschehen ausbleibt, desto stärker ist der gegen diesen Vorwurf gerichtete »Ja, aber ich dachte...«-Einwand des Anfechtungsgegners wieder normativ anzuerkennen. Denn selbst wenn die geäußerte Befürchtung letztlich doch noch eintreten wird, ist der Vorwurf der mangelnden Vorsicht ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr aufrechtzuerhalten, da tatsächlich niemand in die Zukunft schauen kann.

Wo dieser bestimmte Zeitpunkt genau liegt, ist im Ausgangspunkt freilich wieder keiner dogmatischen Herleitung zugänglich, sondern dem in dieser Hinsicht weitem Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers anheimgestellt. Ist ein solcher Zeitraum für einen Tatbestand allerdings erst einmal festgelegt worden, muss auch hier zunächst gelten, dass andere Tatbestände nur dann eine längere oder kürzere Anfechtungsfrist besitzen können, wenn die in ihnen geforderten objektiven Umstände entweder stärker oder schwächer als im Vergleichstatbestand auf eine Benachteiligung der Gläubiger schließen lassen. In diesem Sinne sticht sofort ins Auge, dass die §§ 132 Abs. 1, 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO dieselbe Anfechtungsfrist festlegen, was aber aufgrund der gemeinsamen Parallelwertung nur folgerichtig ist.

**(aa) §§ 132 Absatz 1, 130 Absatz 1, 131 Absatz 1 Nummer 2 InsO**

Es wurde eben dargelegt, dass der Gesetzgeber die optimistische Prognose des Anfechtungsgegners durch die Tatbestände der §§ 132 Abs. 1, 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO normativ gerade deshalb nicht anerkennt, weil in deren Situationen die denkbaren Argumente des Gegners für ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung entkräftet werden.<sup>1089</sup> In diesem Sinne liegt ihnen zunächst der gemeinsame objektive Umstand zugrunde, dass die vorgenommene Rechtshandlung in ihren Wirkungen schon für sich gesehen fortwirkend nachteilhaft ist. Han-

---

forderlich. Stattdessen wird der Urheber der Handlung bereits durch den Begriff der Rechtshandlung hinreichend bestimmt, da diese schon begrifflich stets eine anfechtungsrechtliche Verantwortlichkeit voraussetzt. Siehe dazu bereits unter C.II.1)a)bb)(2)(a), Seite 177.

<sup>1088</sup> So aber die Befürchtung des BGH, NJW 2005, 1121, 1123.

<sup>1089</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(aa), ab Seite 238 ff.

delt es sich nicht um ein Bargeschäft, kann deshalb das Vertrauen auf ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung nur noch damit begründet werden, dass der Anfechtungsgegner davon ausging, dass ein Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden würde. Als mögliche Argumente kommen hier vor allem eine wirtschaftliche Erholung oder gegebenenfalls der Abschluss von erfolgreichen Sanierungsmaßnahmen in Betracht.<sup>1090</sup>

Dieser Hoffnung des Anfechtungsgegners ist der Gesetzgeber in den §§ 132 Abs. 1, 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO zunächst mit dem Gegenargument begegnet, dass sich der Schuldner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung bereits in der Zahlungsunfähigkeit befunden hat, so dass gemäß § 17 Abs. 1 InsO schon aktuell jederzeit mit der Stellung eines Insolvenzantrags zu rechnen war.<sup>1091</sup> Gleichwohl steht es allerdings nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass ein solcher Antrag trotz der bestehenden Zahlungsunfähigkeit unterbleiben wird. Vielmehr sind Rettungsmaßnahmen auch „in letzter Sekunde“ durchaus noch denkbar, so etwa durch ein Eingreifen der Politik oder weil bereits begonnene vorinsolvenzliche Sanierungsverhandlungen eventuell doch noch zum Erfolg führen werden.

Umso länger sich die Stellung eines Insolvenzantrags daher hinauszögert, desto stärker scheint sich aus einer objektiven Warte heraus die optimistische Prognose des Anfechtungsgegners doch wieder zu bestätigen, respektive ist dessen Einwand einer Unkenntnis von der Gläubigerbenachteiligung objektiv nachvollziehbar. Den Zeitpunkt, ab welchem die optimistische Prognose deshalb normativ wieder anzuerkennen ist, hat der Gesetzgeber in den §§ 132 Abs. 1, 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO mit drei Monaten nach der Rechtshandlung festgelegt. Wurde bis dahin trotz der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners noch kein Insolvenzantrag gestellt, kann es dem Anfechtungsgegner nicht mehr angelastet werden, wenn er diesen nicht vorhergesehen hat.

Dabei erscheint die Wahl eines Dreimonatszeitraums nach der hier vertretenen Auffassung auch sachgerecht.<sup>1092</sup> Denn gerade, wenn der Anfechtungsgegner auf den erfolgreichen Abschluss von Sanierungsverhandlungen hofft, lässt sich aus der Wertung des § 270b Abs. 1 Satz 2 InsO allerdings ablesen, dass der Gesetzgeber annimmt, dass sich spätestens nach drei Monaten feststellen lässt, ob eine Sanierung überhaupt Erfolgsaussichten haben wird. Ist dies nicht der Fall, würde innerhalb der drei Monate auch ein Insolvenzantrag gestellt werden. Bleibt dieser hingegen aus, kann aus der Pauschalbetrachtung des Gesetzgebers nicht mehr zwingend davon ausgegangen werden, dass ein Insolvenzverfahren doch noch eröffnet werden wird. In der Folge ist der optimistische Anfechtungsgegner aufgrund einer „Korrektur der Korrektur“ nach drei Monaten ex post somit wieder als gutgläubig und deshalb als schutzwürdig zu betrachten.

#### **(bb) § 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO**

Einen Sonderfall stellt schließlich § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO dar. Denn anders als die §§ 132 Abs. 1, 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO verzichtet dieser Tatbestand seinem Wortlaut nach bereits auf den objektiven Umstand einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Wenn sich allerdings vor dem Hintergrund der Parallelwertung aufgrund des systematischen Zusammenhangs mit § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO ergibt, dass auf eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners tatsächlich nicht verzichtet werden kann, hat der Gesetzgeber dem Rechnung getragen, indem die Frist des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO mit nur einem Monat besonders kurz gehalten ist. In der

<sup>1090</sup> Vgl. auch *Klinck*, Grundlagen, S. 272 f., der zur Begründung der Anfechtungsfristen der besonderen Insolvenzanfechtung zu Recht ausführt, dass die Krise in diesem Zeitraum noch überwunden werden könnte.

<sup>1091</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(bb)(ccc), Seite 240.

<sup>1092</sup> Im Ergebnis ebenso *Klinck*, Grundlagen, S. 273 f.

Praxis wird deshalb eine Zahlungsunfähigkeit tatsächlich ohnehin schon vorliegen, weshalb die Prüfung insofern nur durch eine typisierende Betrachtung erleichtert wird.<sup>1093</sup>

Dabei rechtfertigt sich der Zeitraum von einem Monat nach hier vertretener Auffassung aber auch daraus, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit von einer wertenden Betrachtung nicht unabhängig ist und daher tatsächlich nicht immer ein punktgenaues Ereignis darstellt. So sollen Zahlungsstockungen von drei Wochen noch keine Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO begründen.<sup>1094</sup> In der Konsequenz heißt dies allerdings, dass eine Zahlungsunfähigkeit erst eintritt, wenn die Zahlung auch noch in der vierten Woche stockt. Wird in dieser dann alsbald ein Insolvenzantrag gestellt, so wirkt dieser bei einer großzügigen Auslegung durch die Monatsfrist des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO im Ergebnis also lediglich auf den Beginn der Zahlungsstockungen zurück. In der Sache ist die Zahlungsunfähigkeit jedoch bereits bei Beginn der Zahlungsstockungen eingetreten, weshalb der vom Gesetzgeber vorgenommene „Austausch“ der Voraussetzung einer objektiven Zahlungsunfähigkeit durch eine Anfechtungsfrist von einem Monat letztlich auf keine durchgreifenden Bedenken stößt.

#### **(4) Zwischenfazit**

Insgesamt bleibt hinsichtlich der Anfechtungstatbestände der §§ 130 bis 133 InsO festzuhalten, dass für deren Verständnis auf die Vorstellung eines Fehlverhaltens des Schuldners oder einer Vorverlagerung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung vollständig verzichtet werden kann. Stattdessen hat sich gezeigt, dass sich die Tatbestände im Sinne der hier vertretenen Parallelwertung auch in ihren Einzelheiten in einer Weise auslegen lassen, welche die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung in den Mittelpunkt rückt. Dieser übergreifende Grundgedanke ist zwar nicht schon auf den ersten Blick erkennbar, allerdings spiegelt er sich bei genauerer Betrachtung in den einzelnen Tatbestandsmerkmalen durchgängig wider. Insofern hat sich ein höchst ausdifferenziertes Gesamtsystem offenbart, welches im Ausgangspunkt zwischen pessimistischen und optimistischen Prognosen unterscheidet und sodann im Detail sowohl aus einer Sicht ex ante als auch aus einer Sicht ex post weiter festlegt, wann die subjektive Einschätzung des Gegners anfechtungsrechtlich als Bösgläubigkeit zu werten ist.

Dabei hat sich herausgestellt, dass die tatbestandliche Einteilung zwischen pessimistischen und optimistischen Prognosen mit dem Grenzverlauf von Vorsatzanfechtung und besonderer Insolvenzanfechtung übereinstimmt. Aufgrund der einheitlichen Parallelwertung besteht zwischen diesen Gruppen allerdings kein Grund zu künstlichen Aufspaltungen, sondern sind deren Übergänge fließend zu handhaben. In diesem Sinne hat sich gezeigt, dass auf den Nachweis einer pessimistischen Prognose des Anfechtungsgegners umso eher verzichtet werden kann, desto stärker die Gläubigerbenachteiligung nach dem objektiven Informationsstand des Gegners tatsächlich nahelag, so dass ab einem bestimmten Punkt dessen optimistische Einschätzung als reine Spekulation zu werten ist und daher einer anfechtungsrechtlichen Bösgläubigkeit nicht mehr entgegensteht.

Während es deshalb möglich ist, in Gestalt des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO eine Generalklausel des Anfechtungsrechts zu entwickeln, welche den positiven Nachweis einer Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung allerdings noch erfordert, nähern sich die übrigen Anfechtungstatbestände hingegen in einer konkretisierenden Weise sukzessive dem Punkt an, bei welchem eine solche Kenntnis durch die Umstände ersetzt werden kann. So reicht es insbesondere ge-

---

<sup>1093</sup> Vgl. RegE BT-Drs. 12/2443 S. 159; insoweit auch *Thole*, ZZP 121 (2008), 67, 79. Ablehnend hingegen *Klinck*, Grundlagen, S. 261, siehe dazu bereits unter B.III.2)b), Seite 72.

<sup>1094</sup> Siehe BGH, NJW 2005, 3062, 3064. Unter Geltung der Konkursordnung ging man sogar davon aus, dass Zahlungsstockungen von bis zu einem Monat noch nicht zwingend als Zahlungsunfähigkeit zu werten seien, vgl. BGH, NJW 2002, 512, 513 f.

mäß § 131 Abs. 2 Satz 1 InsO ebenso bereits aus, dass der Gegner nur von Umständen Kenntnis hatte, welche zwingend auf die Gläubigerbenachteiligung schließen lassen. Diese zwingenden Umstände bei einer optimistischen Prognose des Anfechtungsgegners schließlich festzulegen, ist wie gesehen wiederum der gemeinsame Grundgedanke der §§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 132 InsO, welche anhand der objektiven Umstände die Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Gegners Schritt für Schritt weiter präzisieren. Insofern zeigt sich also in Form der normativen Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung ein roter Leitfaden, der sich durch die Tatbestände zieht und für ihre Auslegung im Sinne eines in sich abgestimmten Gesamtsystems eine wertvolle Orientierung bieten kann.

### cc) Optionen des Anfechtungsgegners

Aufgrund ihres Zuschnitts auf die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung beinhalten die Tatbestände der Parallelwertung für den Anfechtungsgegner zugleich eine Warnung vor der Anfechtbarkeit seines Erwerbs. Allerdings wäre dem Interesse des Gegners damit noch nicht gedient, wenn ihm grundsätzlich nicht zugleich Optionen offen stünden, mit welchen er dieser Warnung Rechnung tragen könnte. Vielmehr verlöre die Warnung für den Anfechtungsgegner sogar an Bedeutung, würde er der Anfechtbarkeit selbst dann ausgesetzt, wenn er auf das Bestehen des Anfechtungsrisikos keinen Einfluss nehmen konnte. In der Folge drohte der in den Tatbeständen geregelte Verkehrsschutz aufgrund der Machtlosigkeit des Anfechtungsgegners letztlich leer zu laufen; ein angemessener Interessenausgleich würde auf diesem Wege jedenfalls nicht verwirklicht.

Deshalb ist der bislang erörterte Verkehrsschutz notwendigerweise durch Optionen zu ergänzen, anhand derer dem Anfechtungsgegner der Ausschluss des Anfechtungsrisikos möglich ist. Wie gesehen besteht dieses Anfechtungsrisiko nach der Parallelwertung der Anfechtungstatbestände, weil der Anfechtungsgegner ohne ein schutzwürdiges Vertrauen zum Nachteil des Schuldnervermögens eine Begünstigung erhalten hat. Folglich entzieht sich der Anfechtungsgegner der Anfechtbarkeit gerade dann, wenn er entweder die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens wiederherstellt oder den Erhalt einer Begünstigung aus dem Schuldnervermögen von vornherein verhindert. Eben auf diese beiden Optionen ist im Folgenden näher einzugehen.

#### (1) Herbeiführung eines Bargeschäfts nach § 142 InsO

Die Wiederherstellung der Schutzwürdigkeit seines Vertrauens steht dem Anfechtungsgegner gemäß § 142 InsO durch die Herbeiführung eines Bargeschäfts offen. Dabei hat das Bargeschäft wie gesehen das übergeordnete Ziel, den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb des Schuldners während eines drohenden Insolvenzverfahrens aufrechtzuerhalten.<sup>1095</sup> Denn würde das Vertrauen des Rechtsverkehrs hier nicht geschützt, führte die Warnung der Anfechtungstatbestände – das heißt die präventive Funktion des Insolvenzanfechtungsrechts – dazu, dass die Geschäftspartner des Schuldners aufgrund des Anfechtungsrisikos von einem normalen Handel mit dem Schuldner absähen, so dass dessen Krise durch den Verlust von *good will* nur noch unnötigerweise verstärkt würde. Eine solche Wirkung des Anfechtungsrechts zerstörte aufgrunddessen wirtschaftliche Werte und liefe daher nicht nur den Interessen des Schuldners, sondern insbesondere auch den Befriedigungsaussichten seiner Gläubiger zuwider.<sup>1096</sup>

#### (a) Wirtschaftliche Handlungsfähigkeit durch gesicherten Vertrauensschutz

Diesem Umstand geschuldet ist es daher dringend erforderlich, die präventive Wirkung der Anfechtungstatbestände einzuschränken, indem ihre an den Rechtsverkehr gerichtete War-

<sup>1095</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)f)aa), Seite 121.

<sup>1096</sup> Vgl. auch bereits unter C.II.1)a)cc)(2)(b)(bb)(aaa), Seite 185.

nung in bestimmten Situationen wieder negiert wird. Das damit verfolgte übergeordnete Ziel, die wirtschaftliche Handlungsfähigkeit des Schuldners aufrechtzuerhalten, kann allerdings nur erreicht werden, wenn dabei dem Rechtsverkehr das Anfechtungsrisiko mit kalkulierbarer Sicherheit abgenommen wird. Denn wäre eine solche Rechtssicherheit nicht gegeben, bestünde das Anfechtungsrisiko weiter fort, so dass die präventiven Wirkungen des Anfechtungsrechts weiterhin dazu führen würden, dass die Teilnehmer des Rechtsverkehrs von einem weiteren Handel mit dem Schuldner absähen. Die Funktion des Bargeschäfts, dem Schuldner auch zur Zeit seiner Krise noch die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr zu ermöglichen, würde somit verfehlt.

Folglich gebietet es der Zweck des § 142 InsO den Teilnehmern des Rechtsverkehrs eine möglichst sichere Option in die Hand zu geben, mit der sie sich dem Anfechtungsrisiko wieder entziehen können. Deshalb muss das Bargeschäftsprivileg im Ausgangspunkt aus der Sicht des Anfechtungsgegners als Geschäftspartner des Schuldners interpretiert werden, auch wenn das Bargeschäft in erster Linie zugunsten des Geschäftsbetriebs des Schuldners selbst wirken soll.

#### **(b) Anwendungsbereich des § 142 InsO**

Eben um für den Geschäftspartner des Schuldners eine möglichst hohe Rechtssicherheit zu schaffen, schließt der Wortlaut des § 142 InsO bis auf § 133 Abs. 1 InsO zunächst alle übrigen Anfechtungstatbestände aus. Gleichwohl ist anerkannt, dass sich der Anwendungsbereich des § 142 InsO tatsächlich allerdings nicht auf alle Tatbestände erstrecken kann.<sup>1097</sup> So kann etwa eine Anfechtung über § 134 InsO von § 142 InsO nicht ausgeschlossen werden, weil eine unentgeltliche Leistung bereits begrifflich kein Bargeschäft darstellt.<sup>1098</sup> Muss demnach bei genauerer Betrachtung der Wortlaut des § 142 InsO präzisiert werden, bietet dabei der Ansatzpunkt des Vertrauensschutzes jedoch einen erklärungsstarken Leitfaden, durch den der effektive Anwendungsbereich des Bargeschäftsprivilegs zuverlässig bestimmt werden kann. In diesem Sinne ist danach zu unterscheiden, ob die Anfechtungstatbestände hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung eine optimistische oder pessimistische Prognose des Anfechtungsgegners enthalten. Denn wenn den Anfechtungstatbeständen aufgrund dieser Prognose das Vertrauen des Anfechtungsgegners nicht mehr als schutzwürdig ansehen, muss das Bargeschäftsprivileg eine Anfechtung immer dann ausschließen, wenn diese tatbestandliche Wertung aufgrund der Umstände des Bargeschäfts wieder negiert werden kann.

#### **(aa) Unmittelbare Anwendung bei optimistischer Prognose**

Soll durch § 142 InsO das Vertrauen des Rechtsverkehrs geschützt werden, kann dies im Ausgangspunkt nur dort geschehen, wo dieses Vertrauen auch tatsächlich bestand. Eine unmittelbare Anwendung findet § 142 InsO deshalb nur auf diejenigen Tatbestände, in denen der Anfechtungsgegner hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung eine optimistische Prognose vorgenommen hat, weil ihm der Insolvenzverwalter eine Kenntnis von der Benachteiligung zumindest positiv nicht nachweisen konnte. Dabei kann der Anfechtungsgegner seine optimistische Prognose wie dargelegt vor allem damit begründen, dass dieser darauf vertraute, dass ausgleichende Vorteile der Rechtshandlung zu einem Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung führen werden.<sup>1099</sup>

Durch die Normierung der §§ 132, 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO ist der Gesetzgeber diesem Argument ausgleichender Vorteile zunächst noch mit dem Gegenargument entgegenge-

---

<sup>1097</sup> Vgl. auch MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 21, der den Wortlaut des § 142 InsO deshalb als »missverständlich« bezeichnet.

<sup>1098</sup> Kübler/Prütting/Bork/Ehricke, InsO, § 142 Rn. 4; MüKo/Kirchhof, aaO; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 134 Rn. 9; Ganter, ZIP 2012, 2037, 2038; Lwowski/Wunderlich, FS Kirchhof (2003), 301, 317.

<sup>1099</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(aa), ab Seite 238 f.

treten, dass die Rechtshandlung »selbst« ausgleichende Vorteile nicht beinhaltet.<sup>1100</sup> Dabei wurde wie gesehen noch offengelassen, ob stattdessen »unmittelbar anknüpfende« Vorteile der Rechtshandlung bestehen, welche zwar in dieser »selbst« noch nicht enthalten sind, allerdings unmittelbar mit der Rechtshandlung eintreten. Können tatsächlich jedoch auch solche unmittelbar anknüpfenden Vorteile eine gläubigerbenachteiligende Wirkung der Rechtshandlung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO ausschließen,<sup>1101</sup> dürfen sie für die normative Anerkennung der optimistischen Prognose letztlich nicht unberücksichtigt bleiben.

Es ist deshalb die dogmatische Aufgabe des Bargeschäftsprivilegs, diejenigen Vermögensvorteile, welche an die Rechtshandlung noch unmittelbar anknüpfen, auf einer zweiten Ebene in die normative Bewertung der optimistischen Prognose des Anfechtungsgegners wieder mit einzubeziehen. Insofern wurde die Prüfung solcher Vorteile in den § 142 InsO als übergreifender Gedanke lediglich ausgelagert. Die in den §§ 132, 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO bereits stattgefundenen normative Korrektur der optimistischen Prognose des Anfechtungsgegners, steht folglich unter dem Vorbehalt einer weiteren Prüfung des § 142 InsO, so dass sie beim Vorliegen eines Bargeschäfts wieder revidiert werden muss. In diesem Sinne handelt es sich beim Bargeschäftsprivileg – wie auch schon hinsichtlich der Anfechtungsfristen – dogmatisch also um eine „Korrektur der Korrektur“, so dass ein Anfechtungsgegner, welcher seine Gutgläubigkeit mit einem Ausgleich der Belastung des Schuldnervermögens begründet, beim Vorliegen eines Bargeschäfts wieder als schutzwürdig anzusehen ist.

Dabei kann hinsichtlich der Reichweite dieser „Korrektur der Korrektur“ für die einzelnen Tatbestände der §§ 132, 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO allerdings keine Unterscheidung getroffen werden. Denn wie dargelegt basieren diese alle auf derselben Parallelwertung, welche als Auffangtatbestand in § 132 InsO in ihrer Reinform ausgedrückt wird, von der die §§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO jedoch nur besonders praxisrelevante Konkretisierungen darstellen. Beinhalten sie insofern also alle dasselbe Argument für eine Bösgläubigkeit des Gegners, wird dieses Argument durch ein Bargeschäft aber jeweils in derselben Weise wieder entkräftet.

Inbesondere ist deshalb die überwiegend vertretene Ansicht abzulehnen, dass § 142 InsO auf inkongruente Deckungen per se nicht anwendbar sei.<sup>1102</sup> Vor dem Hintergrund eines gesicherten Verkehrsschutzes gilt dies sogar noch umso mehr, wenn die herrschende Meinung bereits daran scheitert, zuverlässige Leitlinien für das Vorliegen einer Inkongruenz der Deckung zu entwickeln. Denn ist die Einordnung als kongruent oder inkongruent für den Geschäftsverkehr tatsächlich kaum vorherzusehen,<sup>1103</sup> bleibt das Anfechtungsrisiko bestehen, so dass mit der Ausklammerung von inkongruenten Deckungen der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit des Schuldners nicht gedient wäre. Insofern hilft es wenig weiter, wenn teilweise eingrenzend gefordert wird, dass nur »wirtschaftlich bedeutende Abweichungen«<sup>1104</sup> oder »anstößige«<sup>1105</sup> Deckungen vom Bargeschäftsprivileg nicht erfasst werden dürften, denn auch durch diese Einschränkung werden keine zuverlässigen Abgrenzungskriterien aufgestellt. Vielmehr muss gelten, dass es auf einen Gleichlauf mit dem Inhalt der gedeckten Forderung bereits von vornherein nicht ankommen kann.

<sup>1100</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(bb)(bbb), ab Seite 239 f.

<sup>1101</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.2)b)bb)(2), ab Seite 223 f.

<sup>1102</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)f)dd), ab Seite 123 f.

<sup>1103</sup> Siehe zu Unsicherheiten bereits unter B.IV.2)d)cc)(3), Seite 111 f.

<sup>1104</sup> MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 7.

<sup>1105</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 11.



Einer solchen Unabhängigkeit von der gedeckten Forderung entspricht es, dass der heutige § 142 InsO geschaffen wurde, um dem im BGB verwirklichten Trennungs- und Abstraktionsprinzip wieder vollauf Rechnung zu tragen.<sup>1106</sup> Insofern ist die Deckung einer Forderung als Erfüllungsgeschäft von dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft also streng zu unterscheiden, so dass es irrelevant ist, ob die erbrachte Leistung auch der Leistung entspricht, welche im Kausalgeschäft vereinbart wurde. Stattdessen ist für das Vorliegen eines Bargeschäfts nach § 142 InsO – entsprechend seines Wortlauts – allein entscheidend, ob für die Leistung eine gleichwertige und unmittelbare *Gegenleistung* erfolgte. Denn grundsätzlich wird für den Anfechtungsgegner bereits durch diesen Umstand die optimistische Prognose einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung gerechtfertigt, weil die Gegenleistung die objektive Wahrscheinlichkeit von letzterer reduziert.

**(bb) Mittelbare Ausstrahlungswirkungen für pessimistische Prognose**

So wie es allerdings nicht ausgeschlossen ist, dass trotz der Gegenleistung eine Gläubigerbenachteiligung doch noch eintreten wird, ist es in den Fällen der Vorsatzanfechtung ebenso denkbar, dass der Anfechtungsgegner von dieser Gläubigerbenachteiligung eine Kenntnis hatte. War der Anfechtungsgegner deshalb hinsichtlich des Eintritts der Gläubigerbenachteiligung ungeachtet des Bargeschäfts pessimistisch, bestand bei ihm auch kein Vertrauen, welches durch § 142 InsO noch geschützt werden könnte. Deshalb hat sich der Gegner auch durch die Erbringung einer gleichwertigen und unmittelbaren Gegenleistung der Anfechtbarkeit nicht entzogen; vielmehr erklärt § 142 InsO die Vorsatzanfechtung des § 133 Abs. 1 InsO weiterhin für anwendbar.

Jedoch bestehen nach hier vertretener Auffassung hinsichtlich des Nachweises der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung aufgrund des Vorliegens eines Bargeschäfts mittelbare Ausstrahlungswirkungen, die in der praktischen Anwendung zu erhöhten Anforderungen führen.<sup>1107</sup> Denn weil eine Gläubigerbenachteiligung durch die unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung objektiv unwahrscheinlich ist, müssen dem Anfechtungsgegner für die Begründung seiner Bösgläubigkeit gerade diejenigen Umstände bekannt gewesen sein, aufgrund derer eine Gläubigerbenachteiligung im konkreten Fall gleichwohl noch eintreten könnte.

Dabei wurde bereits dargelegt, dass bei einem Bargeschäft eine Gläubigerbenachteiligung vor allem dann noch möglich ist, wenn die erbrachte Gegenleistung bis zur Haftungsrealisierung nicht mehr fortbesteht.<sup>1108</sup> Regelmäßig muss im Rahmen eines Bargeschäfts dem Anfechtungsgegner deshalb zur Begründung seiner Bösgläubigkeit nachzuweisen sein, dass er von der mangelnden Beständigkeit der Gegenleistung wusste. Hinsichtlich § 133 Abs. 1 InsO ist dabei nach der hier vertretenen Konzeption allerdings zwischen den Sätzen 1 und 2 zu unterscheiden. Nach Satz 1 von § 133 Abs. 1 InsO reicht eine Teilhabe am Wissensvorsprung des Schuldners aus.<sup>1109</sup> So kann der Schuldner schon bei der Eingehung des Bargeschäfts den Plan haben, die Gegenleistung anschließend seinen Gläubigern als Haftungsmasse zu entziehen. Weiß der Anfechtungsgegner davon, hat er am Wissensvorsprung des Schuldners teil, so dass er sich unabhängig von seiner eigenen Einschätzung zur Darlegung seiner Gutgläubigkeit auf das Vorliegen eines Bargeschäfts nicht mehr berufen kann.

---

<sup>1106</sup> Denn weil die KO das Trennungs- und Abstraktionsprinzip des BGB nicht kannte, musste die herrschende Meinung unter der KO für die Begründung des Bargeschäftsprivilegs noch von der »Einheitstheorie« ausgehen; vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 109. Siehe auch bereits am Anfang unter B.I.2)c)cc)(2), ab Seite 42.

<sup>1107</sup> Vgl. auch Kayser, NJW 2014, 422, 427; Fischer, NZI 2008, 588, 594 f.; Lwowski/Wunderlich, FS Kirchhof, 301, 318; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 26.

<sup>1108</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.2)b)bb)(1), ab Seite 223.

<sup>1109</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(aa)(aaa), Seite 230.

Nach Satz 2 von § 133 Abs. 1 InsO ist hingegen eine eigene Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung erforderlich,<sup>1110</sup> so dass der Anfechtungsgegner bereits selbst mit der mangelnden Beständigkeit der Gegenleistung rechnen muss. Darüber hinaus ist es für § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO jedoch ebenfalls notwendig, dass die pessimistische Prognose des Anfechtungsgegners auch objektiv untermauert wird.<sup>1111</sup> Während sich dies grundsätzlich darin ausdrückt, dass zum Zeitpunkt der Rechtshandlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bereits drohte, muss bei einem Bargeschäft in einer entsprechenden Anwendung zusätzlich zu fordern sein, dass ebenso der Verlust der Gegenleistung objektiv drohte. Letzteres ist insbesondere dann möglich, wenn es sich bei der Gegenleistung um Vermögenswerte handelt, die typischerweise einem schnellen Wertverfall unterliegen.<sup>1112</sup> Sinkt dieser Wert objektiv vorhersehbar unter den Wert der vom Schuldner erbrachten Leistung, liegt eine Gläubigerbenachteiligung also auch objektiv nahe, weshalb eine Anfechtung trotz des Bargeschäfts über § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO prinzipiell noch möglich ist.

Selbiges muss für § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO gelten, denn dieser stellt nach der hier vertretenen Konzeption lediglich eine Konkretisierung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO dar.<sup>1113</sup> In der Folge ist dieser Fall der Anfechtung einer inkongruenten Deckung wie § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO trotz eines Bargeschäfts nicht ausgeschlossen. Diese Anfechtbarkeit basiert aber nicht auf der Inkongruenz, sondern darauf, dass der Gegner trotz des Bargeschäfts von der Gläubigerbenachteiligung eine objektiv untermauerte Kenntnis hatte. Insofern ist also wie in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu fordern, dass dem Anfechtungsgegner der schnelle Wertverlust der Gegenleistung bekannt war und dieser sich auch objektiv abzeichnete.

#### **(cc) Keine Anwendung bei gesellschaftsrechtlicher Sonderwertung**

Von vornherein irrelevant ist die Regelung des § 142 InsO hingegen im Rahmen der §§ 135, 136 InsO. Denn in diesen Tatbeständen besteht aufgrund einer gesellschaftsrechtlichen Sonderwertung für den Gesellschafter als Anfechtungsgegner ausnahmsweise kein Vertrauensschutz,<sup>1114</sup> so dass die Tatbestände auch keine Bösgläubigkeit voraussetzen. In der Konsequenz muss es jedoch unerheblich sein, ob der Gesellschafter wegen der unmittelbaren und gleichwertigen Gegenleistung davon ausging, dass die Gläubigerbenachteiligung ausbleiben werde. Geschützt wird der Gesellschafter allenfalls dann, wenn das Bargeschäft auch tatsächlich zu einem solchen Ausbleiben führte, denn in diesem Fall ist eine Anfechtung bereits gemäß § 129 Abs. 1 InsO ausgeschlossen. Anderenfalls ist die Rückgewähr von Gesellschaftskapital gemäß §§ 135, 136 InsO jedoch anfechtbar; § 142 InsO findet insofern keine Anwendung.<sup>1115</sup> Dies ist auch sachgerecht, denn die Rückgewähr von Gesellschaftskapital ist schon nicht Bestandteil des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldners.<sup>1116</sup>

Demgegenüber geht eine weit verbreitete Literaturmeinung hinsichtlich § 135 InsO davon aus, dass dessen Anwendung durch § 142 InsO ausgeschlossen werden könne, weil der Wort-

<sup>1110</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(bb), Seite 231.

<sup>1111</sup> Vgl. bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(bb)(bbb), Seite 232.

<sup>1112</sup> Vgl. im Ergebnis ebenso MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 10, nachdem ein vorhersehbarer schneller Wertverfall der Gegenleistung auch beim Bargeschäft noch »angemessen zu berücksichtigen« ist. Dies erfolgt nach der hier vertretenen Konzeption über § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO.

<sup>1113</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(cc), ab Seite 233.

<sup>1114</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)c)bb), ab Seite 104 und noch im Näheren unter C.II.3)b)bb)(1)(b), ab Seite 278.

<sup>1115</sup> Im Ergebnis ebenso Haas, ZInsO 2007, 617, 624; Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1579; Hölzle, ZIP 2010, 913, 915, 918; in diese Richtung auch Klinck/Gärtner, NZI 2008, 457, 460 f.

<sup>1116</sup> Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich nicht um ein Verkehrsgeschäft, weshalb der Verkehrsschutz auch keine Rolle spielen kann. Siehe dazu noch im Näheren unter C.II.3)b)bb)(1), ab Seite 277.

laut der Vorschrift den § 135 InsO als Gegen Ausnahme nicht nenne.<sup>1117</sup> Dies führt allerdings schon aufgrund der Parallelvorschriften der §§ 6, 6a AnfG nicht zu interessengerechten Ergebnissen. Denn während durch die §§ 6, 6a AnfG in der Einzelanfechtung für § 135 InsO ein deckungsgleicher Tatbestand besteht, mangelt es in der Einzelanfechtung allerdings an einem Äquivalent zum Bargeschäftsprivileg. In der Folge könnte zwar im Falle der Insolvenzanfechtung eine Privilegierung stattfinden; bei der Einzelanfechtung wäre diese jedoch ausgeschlossen.<sup>1118</sup> Weil somit bei deckungsgleichen Tatbeständen der Erfolg oder Misserfolg einer Anfechtung letztlich davon abhängig gemacht würde, ob ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, wäre ein solches Ergebnis freilich nicht sachgerecht.<sup>1119</sup>

Vielmehr zeigt sich an der fehlenden Regelung des Bargeschäfts im AnfG deutlich, dass dieses entsprechend der hier vertretenen Auffassung unmittelbar nur auf die Tatbestände der besonderen Insolvenzanfechtung zugeschnitten ist, also auf die §§ 132, 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO. Mittelbare Wirkungen kann es darüber hinaus nur dort haben, wo die Anfechtungstatbestände zum Schutz des Rechtsverkehrs eine Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners fordern. Sind die §§ 135, 136 InsO demgegenüber vollständig verobjektiviert, bleibt somit in ihrem Rahmen für die Anwendung des § 142 InsO kein Raum.

### **(c) Voraussetzungen**

Die näheren Voraussetzungen eines Bargeschäftes sind wie sein Anwendungsbereich insbesondere unter der Prämisse des Vertrauensschutzes auszulegen. Wenn dies freilich vor dem Hintergrund des übergeordneten Zwecks der Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des kriselnden Schuldners zu erfolgen hat, wird diesem Zweck jedoch am besten gedient, wenn das Anfechtungsrisiko für den Geschäftspartner des Schuldners kalkulierbar ist. Dies setzt voraus, dass das Vertrauen des Rechtsverkehrs durch klare und bestimmte Regeln geschützt wird. Insoweit gibt § 142 InsO also vor, dass ein Bargeschäft besteht, wenn unmittelbar für die Leistung des Schuldners eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt.

#### **(aa) Leistung des Schuldners**

Zunächst setzt § 142 InsO eine Leistung des Schuldners voraus, wobei anerkannt ist, dass insofern Leistungen mit wirtschaftlichem Wert jeder Art in Betracht kommen.<sup>1120</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht ist es wie gesehen insbesondere irrelevant, ob die Leistung des Schuldners eine kongruente oder inkongruente Deckung darstellt. Stattdessen liegt der Fokus des Bargeschäfts nicht auf der Leistung des Schuldners, sondern auf der *Gegenleistung* des Geschäftspartners.

#### **(bb) Gegenleistung**

Der Geschäftspartner muss für die Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung erbracht haben. Nach dem soeben Gesagtem ist es insofern erforderlich, dass das Vertrauen des Geschäftspartners auf das Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung aufgrund dieser Gegenleistung normativ anzuerkennen ist. Denn nur in diesem Falle kann zugleich die Wertung der §§ 132, 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO im Sinne eine „Korrektur der Korrektur“ negiert werden. Dabei bestehen hinsichtlich der normativen Anerkennung des Vertrauens des Gegners einerseits weitgehende Parallelen zu den Kriterien eines ausgleichen-

---

<sup>1117</sup> Braun/Riggert, InsO, § 142 Rn. 22; Marotzke, ZInsO 2008, 1281, 1286; Rühle, ZIP 2009, 1358, 1360. So nun auch MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 22 (anders aber noch die Voraufgabe). Vgl. zudem Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 8; im Ergebnis ebenso Bitter, ZIP 2010, 1, 10.

<sup>1118</sup> Treffend Henkel, ZInsO 2009, 1577, 1580.

<sup>1119</sup> Vgl. auch die Argumentation des OLG Saarbrücken, NZI 2011, 502, 503 zur Anwendbarkeit des § 3 Abs. 1 AnfG trotz »wertneutrale[m] „Bargeschäft“«.

<sup>1120</sup> BGH NJW 2006, 2701, 2704; MüKo/Kirchhof, § 142 Rn. 4; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 13.

den Vorteils im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO, andererseits allerdings auch bedeutende Unterschiede.<sup>1121</sup>

### (aaa) Gleichwertigkeit

Ein schutzwürdiges Vertrauen auf das Ausbleiben einer Gläubigerbenachteiligung kann nur bestehen, wenn die Gegenleistung dazu geeignet ist, in einem Insolvenzverfahren die Quote der Gläubiger im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO aufrechtzuerhalten. Eben diesem Erfordernis trägt § 142 InsO Rechnung indem er voraussetzt, dass die erbrachte Gegenleistung gleichwertig zur Leistung sein müsse.<sup>1122</sup> Wie auch im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO kann es für eine solche Gleichwertigkeit folglich nicht ausreichend sein, wenn sich die ausgetauschten Leistungen zwar in ihrem nominellen Wert entsprechen, die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Gegenleistung als Haftungsvermögen allerdings bereits von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>1123</sup> Deshalb reicht es für ein Bargeschäft weder aus, dass der Schuldner für die Leistung im Gegenzug von einer bloßen Verbindlichkeit befreit wird,<sup>1124</sup> noch dass der Schuldner einen unpfändbaren Gegenstand erhält.<sup>1125</sup>

Trotz diesem Gleichlauf zu § 129 Abs. 1 InsO bestehen allerdings auch Unterschiede bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit. Denn im Sinne des § 142 InsO ist die Gleichwertigkeit nicht erst zum Zeitpunkt der Haftungsrealisierung, sondern bereits zu jenem des Leistungsaustausches zu bestimmen.<sup>1126</sup> Da allerdings zu diesem Zeitpunkt nicht beurteilt werden kann, in welcher Form die Verwertung des Schuldnervermögens im Insolvenzverfahren erfolgen wird, müssen die durch die Gegenleistung eröffneten Verwertungsmöglichkeiten pauschalisiert werden. Während dabei ein Leistungsaustausch nach § 142 InsO trotz dessen amtlicher Bezeichnung als »Bargeschäft« freilich nicht nur vorliegen kann, wenn die Gegenleistung in barem Geld erbracht wurde,<sup>1127</sup> weist die amtliche Überschrift gleichwohl darauf hin, welcher Maßstab für die Pauschalbetrachtung heranzuziehen ist. In diesem Sinne muss die Gegenleistung nach hier vertretener Auffassung sowohl dem Geldwert der Leistung entsprechen, als auch wie ein Barbetrag als aktiver Haftungsmasse letztlich der Quote der Gläubiger zugutekommen können. In der Folge handelt es sich also stets um einen Aktivtausch.<sup>1128</sup>

Ob die Quote durch die Gegenleistung im späteren Insolvenzverfahren auch tatsächlich aufrechterhalten wird, ist für das Vorliegen eines Bargeschäfts aber im Gegensatz zu § 129 Abs. 1 InsO grundsätzlich irrelevant.<sup>1129</sup> Vielmehr muss sich im Rahmen des § 142 InsO von der weiteren Entwicklung der Gegenleistung nach dem Leistungsaustausch im Grundsatz gelöst werden.<sup>1130</sup> Denn ist die Gegenleistung ins Schuldnervermögen gelangt, hat der Gegner auf ihre weitere Verwendung keinen Einfluss mehr. Würde das Verwendungsrisiko beim

<sup>1121</sup> Vgl. für die Unterschiede aus Sicht des § 129 Abs. 1 InsO bereits unter C.II.2)b)bb), ab Seite 223 ff.

<sup>1122</sup> Nach dem Normzweck kann die Gegenleistung freilich auch höherwertig sein, vgl. nur BGH, NJW 2014, 2579 Rn. 13; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 9; Uhlenbruck/Ede/Hirte, § 142 Rn. 23.

<sup>1123</sup> Siehe bereits unter C.II.2)b)bb)(3), ab Seite 224.

<sup>1124</sup> Vgl. bereits am Anfang unter B.I.2)c)aa), ab Seite 38.

<sup>1125</sup> Beim Erwerb unpfändbarer Gegenstände mangelt es aufgrund der existentiellen Bedeutung des Erwerbs regelmäßig vielmehr bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung. Siehe bereits unter C.II.1)a)cc)(2)(b)(aa), ab Seite 183.

<sup>1126</sup> Dabei ist nach herrschender Meinung der Zeitpunkt der ersten Leistung maßgebend, siehe MüKo/Kirchhof, § 142 Rn. 10; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 22.

<sup>1127</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 14.

<sup>1128</sup> Vgl. insofern auch Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 142 Rn. 2.

<sup>1129</sup> Vgl. demgegenüber zur Voraussetzung der Beständigkeit des Ausgleichs im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO bereits unter C.II.2)b)bb)(1), Seite 223.

<sup>1130</sup> Vgl. nur Braun/Riggert, InsO, § 142 Rn. 3; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 10; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 142 Rn. 6; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 24.

Gegner trotzdem noch zu seinen Lasten gehen, wäre er vielmehr einem unkalkulierbaren Risiko ausgesetzt, so dass er von einem Handel mit dem Schuldner absehen würde und der Zweck des § 142 InsO nicht erreicht wäre. Stattdessen muss dem Anfechtungsgegner unabhängig vom weiteren Schicksal der Gegenleistung die optimistische Prognose gestattet sein, dass die Gläubiger des Schuldners aufgrund der Gegenleistung nicht benachteiligt werden. Anderes gilt wie gesehen lediglich in den Fällen der §§ 133, 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO.<sup>1131</sup>

### **(bbb) Unmittelbarkeit**

Da die Regelung des Bargeschäfts in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich auf die Tatbestände der §§ 132, 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO zugeschnitten ist, befindet sich der Schuldner zum Zeitpunkt des Leistungsaustauschs stets in der Zahlungsunfähigkeit. Aufgrund des § 17 Abs. 1 InsO muss der Anfechtungsgegner in dieser Situation jederzeit mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechnen,<sup>1132</sup> so dass er sich mit der Erbringung der Gegenleistung keine Zeit lassen darf. Stattdessen fordert § 142 InsO im Weiteren, dass die Gegenleistung unmittelbar für die Leistung zu erfolgen habe. Dem entspricht es, wenn auch § 129 Abs. 1 InsO wie gesehen fordert, dass der ausgleichende Vorteil gerade unmittelbar an die Rechtshandlung anknüpfen muss.<sup>1133</sup>

Wenn deshalb schon im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO mittelbare Folgevorteile, wie etwa ein gewinnbringendes Weiterwirtschaften mit der Gegenleistung nicht berücksichtigt werden können, gilt nichts anderes für § 142 InsO.<sup>1134</sup> Denn solche mittelbaren Folgevorteile stellen bereits keine „Gegenleistung“ des Anfechtungsgegners dar sondern richtigerweise Eigenleistungen des Schuldners, welche zum Zeitpunkt der Gegenleistung nur bloße Erwerbchancen darstellen. Aus der Sicht des Gegners ist ihr Eintreten daher zufällig, so dass sein Vertrauen auf solche Folgevorteile normativ nicht anzuerkennen ist. Dies ist auch sachgerecht, denn genauso wie das weitere Verlustrisiko der Gegenleistung den Anfechtungsgegner grundsätzlich nicht belasten kann, muss umgekehrt gelten, dass ihm eine Gewinnchance auch nicht zugutekommt.

Keinen nur mittelbaren Folgevorteil stellt es nach hier vertretener Auffassung hingegen dar, wenn der Schuldner die Gegenleistung zwar noch nicht tatsächlich erhält, allerdings unmittelbar für die Leistung bereits ein werthaltiger *Anspruch* auf die Gegenleistung begründet wird. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Schuldner vorleistet, so dass hinsichtlich der Gegenleistung das Zurückbehaltungsrecht des anderen Teils aus § 320 BGB erlischt und deshalb der Gegenanspruch unmittelbar aufgrund der Leistung durchsetzbar wird. Dieser Wegfall des Zurückbehaltungsrechts kommt mithin bereits *selbst* als unmittelbare Gegenleistung in Betracht. Denn insofern ist auch im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO anerkannt, dass schon der Wegfall des Zurückbehaltungsrechts als ausgleichender Vorteil eine Gläubigerbenachteiligung ausschließen kann.<sup>1135</sup> Vorauszusetzen ist dabei freilich, dass die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf die Gegenleistung aufgrund der Leistungsbereitschaft und -fähigkeit der Gegenseite außer Frage steht.

Ist dies allerdings der Fall, kann genau genommen ein Bargeschäft schon mit der Vorleistung des Schuldners gemäß § 142 InsO vorgenommen worden sein, wenn und weil anstelle der

---

<sup>1131</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)cc)(1)(b)(bb), ab Seite 256.

<sup>1132</sup> Siehe bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(b)(bb)(ccc), ab Seite 240.

<sup>1133</sup> Siehe bereits unter C.II.2)b)bb)(2), ab Seite 223.

<sup>1134</sup> Insofern ebenso Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 142 Rn. 26, wonach für ein Bargeschäft eine »allgemeine wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit« der Gegenleistung nicht ausreicht. Vgl. hinsichtlich der Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers aber bereits unter B.IV.2)f)gg), Seite 126.

<sup>1135</sup> BGH, NJW-RR 2002, 775, 777; Jaeger/*Henckel*, InsO, § 129 Rn. 79. Vgl. bereits unter B.I.2)c)aa), ab Seite 39.

Gegenleistung der Anspruch auf diese unmittelbar mit der Vorleistung durchsetzbar wird. Darauf, wann der Schuldner die ihm zustehende Gegenleistung schließlich tatsächlich einfordert, kann es dann hingegen nicht mehr ankommen.<sup>1136</sup> Dies ist auch im Ergebnis sachgerecht. Denn es dient der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit des Schuldners, dass dieser den optimalen Zeitpunkt für die Einforderung der Gegenleistung frei bestimmen kann, so dass die Parteien im Rahmen des § 142 InsO nicht dazu gezwungen sein dürfen, auch den tatsächlichen Leistungsaustausch stets »unmittelbar« auszuführen.

Dem entspricht es einerseits, wenn allgemein anerkannt ist, dass das Bargeschäft im Rahmen eines gewöhnlichen Geschäftsbetriebs trotz des Merkmals der Unmittelbarkeit der Gegenleistung auch Vor- und Nachleistungen erfasst.<sup>1137</sup> Ist dabei andererseits jedoch umstritten, ob die zeitlichen Grenzen von der Person des Vorleistenden abhängen sollen,<sup>1138</sup> ist dies nach dem soeben Gesagtem zwingend zu bejahen. Denn kommt es bei Vorleistungen des Schuldners durch die Durchsetzbarkeit des Gegenanspruchs auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Gegenleistung genau genommen nicht mehr an, kann dies für den umgekehrten Fall freilich nicht gelten. Vielmehr müssen bei Vorleistungen des anderen Teils für die Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches bedeutend strengere Maßstäbe anzulegen sein.

Entgegen einer verbreiteten Auffassung ist dies jedoch nicht mit der vermeintlichen Bedeutung der *par conditio creditorum* zu begründen.<sup>1139</sup> Stattdessen folgt der strengere Maßstab für Vorleistungen des anderen Teils bereits daraus, dass diese vom Wortlaut des § 142 InsO genau genommen schon gar nicht erfasst sind. Denn nach dem Wortlaut ist es erforderlich, dass für die Leistung des Schuldners die Gegenleistung in das Schuldnervermögen (noch) »gelangt« und nicht etwa bereits »gelangt ist«. Diese Wortwahl ist nach hier vertretener Auffassung nur so zu verstehen, dass die Leistung des Schuldners nicht erst nach der Gegenleistung des anderen Teils erfolgen darf. Vielmehr trifft denjenigen Geschäftspartner des Schuldners, welcher in Vorleistung getreten ist und auf seine Einreden aus §§ 320 f. BGB verzichtet hat, aufgrund eben dieses Verzichts das Risiko der Leistungsunfähigkeit des Schuldners.<sup>1140</sup> Dies gilt insbesondere für den Fall der Insolvenz,<sup>1141</sup> so dass das Vertrauen des Vorleistenden auf die Leistung des Schuldners grundsätzlich nicht schutzwürdig ist.

Ausnahmen sind nur dann zuzulassen, wenn beim Leistungsaustausch die Geltendmachung der Einreden aus §§ 320 f. BGB lebensfremd wäre und deshalb einer Aufrechterhaltung des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldners entgegenstünde. In diesem engen Rahmen sind daher auch Vorleistungen des anderen Teils von § 142 InsO erfasst. Weil insofern im Ergebnis also deutlich strengere Maßstäbe anzulegen sind als bei Vorleistungen des Schuldners, wurde in der Ausgangslage bereits dargelegt, dass dem die herrschende Meinung entgegenhält, dass dies in der Praxis zum Nachteil des Schuldners ginge.<sup>1142</sup> Wenn dies allerdings da-

<sup>1136</sup> Im Ergebnis ebenso Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 18; Eckardt, ZIP 1999, 1417, 1423. Anders aber HK/Kreft, InsO, § 142 Rn. 6, der meint es liege in der Kreditgewährung durch den Schuldner eine Gläubigerbenachteiligung, weil der Schuldner »mit der versprochenen Gegenleistung nicht (früher) arbeiten konnte«. Dies kann allerdings nicht überzeugen, denn insofern handelt es sich allenfalls – wenn überhaupt – um eine »verpasste Chance«, die allerdings bereits keine Vermögensbelastung begründet, vgl. auch Ehrlicke, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 17 und siehe bereits unter C.II.1)a)aa), Seite 176 f.

<sup>1137</sup> Siehe nur BGH, NZI 2010, 985 Rn. 31; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 16; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 28

<sup>1138</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)f)ff), Seite 125.

<sup>1139</sup> So aber Gerhardt, FS Brandner (1996), 605, 611; Thole, Gläubigerschutz, S. 375 f.; vgl. insofern auch Kayser, FS Fischer (2008), 267, 272 f. Siehe auch die vorherige Fn.

<sup>1140</sup> Vgl. nur MüKo/Emmerich, BGB, vor § 320 Rn. 16.

<sup>1141</sup> MüKo/Emmerich, BGB, § 321 Rn. 11.

<sup>1142</sup> So BGH, NJW 2006, 2701 Rn. 39. Siehe bereits unter B.IV.2)f)ff), Seite 125 f.

mit begründet wird, dass der andere Teil für ein Bargeschäft darauf bestehen müsse, dass der Schuldner die vereinbarte Leistung alsbald erbringe, kann dieser Einwand nicht überzeugen. Denn er verkennt, dass dem Schuldner nicht mehr abgeschnitten wird, als der nicht zu beanspruchende Vorteil einer Kreditgewährung. Der Verlust eines rechtlich ungesicherten Vorteils ist anfechtungsrechtlich jedoch nicht zugleich auch ein Nachteil.<sup>1143</sup>

### (ccc) **Objektive und subjektive Gegenseitigkeit**

Im Rahmen des § 129 Abs. 1 InsO ist für die Feststellung einer Gläubigerbenachteiligung allein auf die objektiven Auswirkungen der Rechtshandlung abzustellen,<sup>1144</sup> so dass es für § 129 Abs. 1 InsO insofern irrelevant sein muss, woher die unmittelbaren und gleichwertigen Vermögensvorteile eigentlich abstammen, solange sie nur die Quote im Insolvenzverfahren tatsächlich aufrechterhalten. Demgegenüber wird ein solches Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung für ein Bargeschäft wie dargelegt gerade nicht vorausgesetzt. Stattdessen wird bezüglich der Gläubigerbenachteiligung nur eine schützenswerte optimistische Prognose des Geschäftspartners durch das Bargeschäftsprivileg normativ anerkannt.

Eben weil § 142 InsO nur auf die Schutzwürdigkeit der Prognose des Geschäftspartners abstellt, ergibt sich auf der Kehrseite allerdings, dass anders als bei § 129 InsO für den Ausgleich nicht bloß auf einen objektiv bestehenden Vorteil für die Insolvenzmasse abgestellt werden kann, sondern dass diese Gegenleistung gerade vom Geschäftspartner selbst im bewussten Gegenzug erbracht werden muss.<sup>1145</sup> Denn würde der Gegner die Gegenleistung nicht selbst erbringen, so dass diese aus seiner Sicht bloß zufällig in das Schuldnervermögen gelangte, wäre seine optimistische Prognose normativ nicht anzuerkennen, weil er schon nicht sicher sein könnte, dass der Schuldner eine Kompensation überhaupt empfangen würde.<sup>1146</sup> Vielmehr ist sowohl eine objektive als auch subjektive Gegenseitigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung zu fordern, um eine optimistische Prognose des Gegners normativ akzeptieren zu können.

Dem trägt § 142 InsO Rechnung, indem er voraussetzt, dass die Gegenleistung gerade »für die« Leistung in das Schuldnervermögen gelangt. Im praktischen Regelfall wird dies dadurch verwirklicht, dass zwischen dem Schuldner und dem anderen Teil ein gegenseitiger Vertrag geschlossen wurde, auf den die Parteien anschließend leisten.<sup>1147</sup> Nach hier vertretener Ansicht ist dabei allerdings hinsichtlich der Gegenseitigkeit in erster Linie auf die Perspektive des Geschäftspartners abzustellen.<sup>1148</sup> Denn schon nach dem Wortlaut des § 142 InsO muss nicht die Leistung des Schuldners für die Gegenleistung erbracht werden, sondern umgekehrt die Gegenleistung des anderen Teils für die Leistung.

Die Maßgeblichkeit der Perspektive des Geschäftspartners kann dann einen Unterschied machen, wenn der Schuldner bei der Erbringung seiner Leistung mit einer Gegenleistung nicht rechnete, beispielsweise weil der andere Teil diese bereits erbracht hatte. Ist der Geschäfts-

---

<sup>1143</sup> Anerkannt ist dies für den Verlust einer »rechtlich ungesicherten Erwerbsaussicht«, MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 82; Ehrlicke, Hdb Insolvenzanfechtung, Kap. 3 Rn. 17. Vgl. bereits unter C.II.1)a)aa), Seite 176 f.

<sup>1144</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.19; Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 129 Rn. 8; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 90; MüKo/Kayser, InsO, § 129 Rn. 76; MüKo/Kirchhof, AnfG, § 1 Rn. 67; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 159.

<sup>1145</sup> So im Ergebnis wohl auch Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 21. Vgl. zudem BGH, NJW 2010, 3578 Rn. 30.

<sup>1146</sup> Unschädlich muss es demgegenüber freilich sein, wenn die Gegenleistung nur im Wege einer mittelbaren Zuwendung durch eine Mittelsperson erbracht wird. Denn anfechtungsrechtlich ist die mittelbare Zuwendung dem Zuwendenden originär zuzurechnen. Vgl. bereits unter C.II.1)a)dd)(2), Seite 188 f.

<sup>1147</sup> Vgl. nur Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 8; MüKo/Kirchhof, InsO, § 142 Rn. 5; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 142 Rn. 17.

<sup>1148</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)f)ee), Seite 125.

partner folglich in Vorleistung getreten, wird er durch die Vorleistung von § 142 InsO jedoch – wie soeben gesehen – nur in engen Grenzen geschützt, so dass er sich jenseits dieser Grenzen einem Anfechtungsrisiko ausgesetzt sieht. Ist ihm die Unanfechtbarkeit seines Erwerbs allerdings besonders wichtig, kann es für ihn im Falle einer zeitlichen Verzögerung der Leistung des Schuldners Sinn ergeben, wenn er bei Erhalt dieser Leistung seine Gegenleistung nochmals erbringt, so dass er zumindest aufgrund der zweiten Gegenleistung gemäß § 142 InsO geschützt ist. Obwohl aus der Perspektive des Schuldners dann die Leistung nur noch zur Befreiung von seiner Verbindlichkeit erfolgt und insofern aus seiner Sicht eine subjektive Verknüpfung mit der zweiten Gegenleistung des Anfechtungsgegners nicht besteht, hat es der Gegner jedoch selbst in der Hand, sich dem Anfechtungsrisiko durch eine erneute Erbringung der Gegenleistung zu entziehen.

#### **(d) Zwischenfazit**

Hinsichtlich des Bargeschäftsprivilegs kann somit festgehalten werden, dass dieses für den Anfechtungsgegner eine wichtige Option darstellt, mit welcher dieser ein Anfechtungsrisiko ausschließen kann. Dabei stellt dieser Schutz des Gegners ein notwendiges Zwischenziel des § 142 InsO dar, um dessen übergeordneten Zweck der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs zu erreichen. Denn die Fortführung des Geschäftsbetriebes ist abhängig vom *good will* der Geschäftspartner des Schuldners und kann deshalb nur über den Umweg eines gesicherten Vertrauensschutzes gewährleistet werden. Gerade um diesen Schutz sicherzustellen, ist die hier vertretene tatbestandliche Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners jedoch zwanglos in der Lage, sowohl die Unanfechtbarkeit von Bargeschäften dogmatisch zu erklären als auch in der konkreten Anwendung des § 142 InsO einen klaren Leitfaden zu bieten.

In diesem Sinne konnte aufgezeigt werden, dass die von den §§ 130, 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 132 InsO vorgenommene normative Korrektur einer optimistischen Prognose im Rahmen des § 142 InsO durch die gleichwertige Gegenleistung ihrerseits wiederum korrigiert wird. Insofern erfährt die Wertung der betroffenen Tatbestände im Sinne einer „Korrektur der Korrektur“ eine Negierung, so dass eine Anfechtung nach diesen Tatbeständen ausgeschlossen sein muss. In der Folge lässt sich nicht nur der Anwendungsbereich des § 142 InsO bestimmen, sondern auch seinen Voraussetzungen eine orientierungsstiftende Richtung vorgeben. Dabei muss die Gegenleistung zum Zeitpunkt des Leistungsaustausches aus der Sicht des Anfechtungsgegners gerade die Erwartung rechtfertigen können, dass eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Gegenleistung nicht eintreten werde. Während es somit entgegen der herrschenden Meinung insbesondere unerheblich ist, ob die Leistung des Schuldners eine inkongruente Deckung darstellt, muss andererseits allerdings die Gegenleistung zur Aufrechterhaltung der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger zumindest bei einer pauschalisierten Betrachtung tatsächlich geeignet sein.

#### **(2) Annahmeverweigerung**

Der Anfechtungsgegner kann sich jedoch nicht nur über die Herbeiführung eines Bargeschäfts dem Anfechtungsrisiko entziehen, sondern regelmäßig auch dadurch, dass er bereits die Annahme seiner Begünstigung von vornherein verweigert. Die Möglichkeit zu einer solchen Annahmeverweigerung wird von den Anfechtungstatbeständen implizit vorausgesetzt, weil im Zivilrecht ausweislich der §§ 333, 516 Abs. 2, 1942 BGB die Prämisse gilt, dass sich niemand gegen seinen Willen einen Erwerb aufdrängen lassen muss.<sup>1149</sup>

<sup>1149</sup> Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, § 333 Rn. 1; NomosHK/Schulze, BGB, § 333 Rn. 1; vgl. auch MüKo/Gottwald, BGB, § 333 Rn. 1. Siehe auch bereits unter C.I.3)c)bb), Seite 158.



**(a) Annahmeverschulden als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal**

Dabei entspricht es der präventiven Funktion der Tatbestände der Parallelwertung, dass sie den Anfechtungsgegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit zur Verweigerung der Annahme seines Erwerbs gerade *auffordern*. Schlägt der Anfechtungsgegner diesen Appell der Tatbestände in den Wind, bedeutet dies auf der Kehrseite wiederum, dass ihm vorgeworfen werden kann, dass er sich dem Anfechtungsrisiko sehenden Auges eigenverantwortlich ausgesetzt hat. In diesem Sinne trifft den bösgläubigen Anfechtungsgegner, welcher seinen Erwerb trotz der Warnung der Tatbestände angenommen hat, im Grundsatz stets ein Annahmeverschulden.<sup>1150</sup>

Dieses Annahmeverschulden erscheint auf den ersten Blick lediglich als eine Begleiterscheinung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners. Bei näherer Betrachtung hat es jedoch als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Anfechtungstatbestände der Parallelwertung eine eigenständige Bedeutung. So wurde bereits dargelegt, dass das Vorliegen eines Annahmeverschuldens auf der Rechtsfolgenseite dazu führt, dass der Anfechtungsgegner mit einem überschießenden Verlustrisiko belastet wird.<sup>1151</sup> Denn wie gesehen trifft den Gegner bei einem Verschulden am Verlust des Erwerbs unabhängig vom Fortbestehen seiner Bereicherung gemäß § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO eine sekundäre Wertersatzpflicht. Wenn der Verlust des Erwerbs allerdings bereits mit der Annahme eintreten kann, muss ein Verschulden schon in der Annahme selbst gesehen werden. Dass ein solches Annahmeverschulden im Regelfall wiederum vorliegt, wird dabei durch die Bösgläubigkeit des Gegners begründbar.<sup>1152</sup>

**(aa) Struktureller Vorrang von zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten**

Allerdings kann im Einzelfall trotz der Bösgläubigkeit ein Annahmeverschulden nach hier vertretener Auffassung ausgeschlossen sein, wenn der Gegner ungeachtet seiner tatsächlichen Möglichkeit zur Annahmeverweigerung, zivilrechtlich zur Mitwirkung an seinem eigenen Erwerb angehalten ist. Insofern ist es insbesondere denkbar, dass die Annahme des Erwerbs einer zivilrechtlichen Pflicht oder Obliegenheit entspricht. Der Appell der Tatbestände ist in einer solchen Situation mit dem Zivilrecht nur dann vereinbar, wenn und soweit dem Gegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit zivilrechtlich auch Verweigerungsrechte zustehen, auf die er sich zur Ablehnung seiner Mitwirkung berufen könnte. Sofern sich solche Verweigerungsrechte allerdings nicht herleiten lassen, befindet sich der Gegner in einem unvermeidbaren Dilemma, in welchem er das Anfechtungsrisiko nur gegen die negativen zivilrechtlichen Konsequenzen eintauschen kann, welche bei einer unberechtigten Annahmeverweigerung eintreten würden.

Zur Lösung dieser Konfliktlage mit dem Zivilrecht muss der Appell der Tatbestände jedoch zurücktreten, weil er letztlich lediglich auf einem Verdacht beruht. Denn durch ihr Abstellen auf eine Bösgläubigkeit beinhalten die Anfechtungstatbestände der Parallelwertung wie gesehen nicht mehr als eine Prognose über das spätere Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung. Auch wenn durch eine Normativierung ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei dieser Prognose um eine reine Spekulation handelt, ändert dies jedoch nichts daran, dass zum Zeitpunkt der Rechtshandlung eine abschließende Sicherheit über den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung eben noch nicht möglich ist. Das heißt also, dass es durchaus denkbar ist, dass trotz der Erfüllung der Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes der normative Rechtfertigungsgrund des Anfechtungsrechts tatsächlich gar nicht eintreten wird.

Dann allerdings ist den zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten strukturell der Vorrang einzuräumen. Denn diese bestehen – anders als die Gläubigerbenachteiligung – bereits zum

---

<sup>1150</sup> Siehe bereits unter C.I.1)b), Seite 138.

<sup>1151</sup> Siehe dazu bereits unter C.I.1)b)cc), Seite 141.

<sup>1152</sup> Siehe dazu bereits C.I.1)b)bb), Seite 140.

Zeitpunkt der Rechtshandlung, so dass eine Aufforderung zur Annahmeverweigerung dazu führen würde, dass der Anfechtungsgegner zwar mit Sicherheit gegen seine zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten verstieße, dabei allerdings nicht abschließend geklärt wäre, ob ein solcher Verstoß zum Schutz der Gläubiger tatsächlich überhaupt erforderlich ist. Um solche sprichwörtlich „in der Luft hängenden“ Ergebnisse zu vermeiden, muss deshalb der Appell der Anfechtungstatbestände in einem Konflikt mit der aktuellen zivilrechtlichen Rechtslage zurücktreten.<sup>1153</sup>

In der Konsequenz kann sich der Gegner einem Anfechtungsrisiko jedoch nicht mehr aussetzen, wenn er mit der Annahme seines Erwerbs nur seinen zivilrechtlichen Mitwirkungspflichten nachkommt. Vielmehr ist ihm in diesem Falle trotz seiner Bösgläubigkeit die Annahme nicht vorzuwerfen,<sup>1154</sup> so dass ihn auch kein Annahmeverschulden trifft. In der Sache stellt das Annahmeverschulden damit jedoch nichts anderes als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal dar, weil sein Fehlen aufgrund zivilrechtlich gegenläufiger Mitwirkungspflichten zu einer Unanfechtbarkeit des Erwerbs führt.

#### **(bb) Verweigerungsrechte als Feinsteuerung im Einzelfall**

Wie bereits angeklungen ist, besteht ein solcher Konflikt mit der zivilrechtlichen Rechtslage allerdings nur dann, wenn dem Anfechtungsgegner aufgrund seiner Bösgläubigkeit keine Verweigerungsrechte zustehen, auf welche er sich zur Ablehnung seiner Mitwirkung berufen könnte.<sup>1155</sup> Deshalb läuft die Frage eines Annahmeverschuldens bei gegenläufigen Pflichten und Obliegenheiten letztlich darauf hinaus, ob ein Verweigerungsrecht für den bösgläubigen Gegner zivilrechtlich herleitbar wäre.

Die Begründung eines solchen Verweigerungsrecht beinhaltet für den Gegner aufgrund des Anfechtungsrisikos zugleich einen stark verhaltenssteuernden Anreiz und hat daher das Potential, die Herleitung von interessengerechten Ergebnissen auch im Einzelfall noch sicherstellen zu können.

Dabei kann die sachgerechte Ausgestaltung eines Verweigerungsrechts indirekt zugleich den Interessen des Schuldners sowie seiner Gläubiger angemessen Rechnung tragen. Insofern ist zugunsten der Gläubiger vor allem die präventive Funktion des Anfechtungsrechts zu betonen. Denn hinsichtlich der präventiven Wirkungen gilt zunächst, dass die Gefahr eines gläubigerbenachteiligenden Vermögensvorgangs umso stärker reduziert wird, desto eher von einem bösgläubigen Gegner aufgrund eines Verweigerungsrechts noch verlangt wird, dem Schuldner entgegenzutreten. Umgekehrt ist allerdings ebenso zu berücksichtigen, dass der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung zum Zeitpunkt des Vermögensvorgangs auch für den bösgläubigen Anfechtungsgegner tatsächlich nur eine Prognose darstellt, während der Schuldner bis zur Verfahrenseröffnung über sein Vermögen freilich Verfügungsbefugt bleibt.

#### **(b) Mögliche Konfliktlagen mit dem Zivilrecht**

Bevor sich der Herleitung von denkbaren Verweigerungsrechten gewidmet werden kann, sollen zuvor die wichtigsten in Betracht kommenden Konfliktlagen sowie das Dilemma, in wel-

<sup>1153</sup> Vorauszusetzen ist freilich, dass die zivilrechtliche Mitwirkungspflicht nicht schon selbst anfechtbar begründet wurde. Vgl. ebenso *Ede*, ZInsO 2012, 1541, 1544.

<sup>1154</sup> Vgl. auch *Jacoby*, KTS 2009, 3, 22, der im Rahmen der Vorsatzanfechtung gegen einen Drittschuldner als Mittelsperson von der »Unzumutbarkeit« einer Verweigerung der Mitwirkung spricht. Vgl. ebenso *Ede*, ZInsO, 2012, 1541, 1543; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, InsO, § 133 Rn. 182, die im selben Fall eine »rechtfertigende Pflichtenkollision« – wenn auch erst auf Rechtsfolgenseite – für möglich halten. Der BGH, NZI 2013, 583 Rn. 30, möchte hingegen lediglich die Kenntnis von Benachteiligungsvorsatz des Schuldners »unter besondere Voraussetzungen« stellen, wenn die Mittelsperson zur Mitwirkung »gesetzlich verpflichtet« gewesen ist.

<sup>1155</sup> Vgl. bereits unter C.I.1)b)dd), Seite 144, sowie unter C.I.3)c)bb), Seite 159.

chem sich der Anfechtungsgegner aufgrund der negativen zivilrechtlichen Konsequenzen einer unberechtigten Annahmeverweigerung befindet, kurz aufgezeigt werden.

**(aa) Zivilrechtliche Obliegenheit zur Mitwirkung**

Hat der Anfechtungsgegner auf die Begünstigung einen Anspruch, trifft ihn zivilrechtlich die Obliegenheit, seinen Erwerb auch anzunehmen, so dass bei einer unberechtigten Annahmeverweigerung vor allem ein Annahmeverzug gemäß § 293 BGB eintritt. Der Annahmeverzug zeitigt für den Gegner nach den §§ 300 ff. BGB belastende Rechtswirkungen und kann ihm insbesondere gemäß §§ 300, 275 BGB das Risiko eines ersatzlosen Untergangs des Erwerbsgegenstandes aufbürden.<sup>1156</sup> Soll hier vom Anfechtungsgegner gleichwohl verlangt werden, dass er die Annahme seines Erwerbs ablehnt, muss ihm deshalb zugleich auch ein zivilrechtlicher Einwand zustehen, der das Eintreten eines Annahmeverzugs verhindert. Denn anderenfalls könnte dem Anfechtungsgegner die Mitwirkung an seiner Begünstigung nicht vorgeworfen werden, weil er ansonsten vor der unzumutbaren Wahl zwischen dem Risiko einer anfechtungsrechtlichen Rückgewährpflicht gemäß § 143 InsO oder eines vollständigen Anspruchsverlusts gemäß §§ 300, 275 BGB stünde.

**(bb) Zivilrechtliche Pflicht zur Mitwirkung**

Darüber hinaus ist es ebenso möglich, dass der Anfechtungsgegner als Drittschuldner zur Annahme seiner Begünstigung zivilrechtlich sogar verpflichtet ist, etwa weil ihn als Käufer gemäß § 433 Abs. 2 BGB stets die Nebenpflicht trifft, die Kaufsache abzunehmen.<sup>1157</sup> Dabei kommt als anfechtbare Begünstigung allerdings nicht nur ein gegenständlicher Erwerb in Betracht, sondern bei genauerem Hinsehen bereits die gemäß § 362 BGB eintretende Befreiung von einer Verbindlichkeit.<sup>1158</sup> Die Begünstigung des Anfechtungsgegners kann sich deshalb streng genommen auch schlicht als die spiegelbildliche Folge der Erfüllung einer jeden Leistungspflicht darstellen. Soll der Gegner in diesem Fall die Mitwirkung an seiner Begünstigung ablehnen, bedeutet dies in der Sache nichts anderes als die Verweigerung seiner Leistung.

Das Zivilrecht knüpft an eine Leistungsverweigerung jedoch das Risiko einer Schadensersatzhaftung gemäß den §§ 280, 281, 286. BGB. Deshalb kann vom Anfechtungsgegner die Verweigerung seiner Leistung nur verlangt werden, wenn ihm zivilrechtlich auch ein diesbezügliches Recht zusteht, welches er dem Leistungsverlangen entgegenhalten kann. Denn anderenfalls stünde er vor der unzumutbaren Wahl zwischen dem Risiko eines Wegfalls seiner Schuldbefreiung gemäß § 143 InsO, so dass er bei einer Anfechtung erneut leisten müsste, oder aber einer zivilrechtlichen Schadensersatzpflicht gemäß §§ 280, 281, 286. BGB. Besitzt der Anfechtungsgegner kein Leistungsverweigerungsrecht, kann ihn daher hinsichtlich seiner Schuldbefreiung auch kein Annahmeverschulden treffen.

**(c) Verweigerungsrechte**

Nach hier vertretener Auffassung ist es jedoch möglich, aufgrund der Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 InsO im Einzelfall ein Verweigerungsrecht des Gegners herzuleiten. Zwar wird eine solche Gläubigerbenachteiligung als finanzieller Ausfall im Insolvenzverfahren vom Zivilrecht wegen der Prämisse »Geld muss man haben« nicht berücksichtigt, weshalb im BGB insofern eine Regelungslücke besteht und sich keine Verweigerungsrechte finden, welche auf eben diese Gefahr zugeschnitten sind. Allerdings ist dem Zivilrecht der allgemeine Einwand der mangelnden Leistungsfähigkeit des Schuldners ausweis-

---

<sup>1156</sup> Siehe nur MüKo/Ernst, BGB, § 300 Rn. 2.

<sup>1157</sup> Die Verletzung dieser Nebenpflicht kann eine Verzugshaftung gemäß §§ 280, 286 BGB begründen, siehe nur MüKo/H. P. Westermann, BGB, § 433 Rn. 76.

<sup>1158</sup> Auf die Befreiung von der Verbindlichkeit kann insbesondere in den klassischen Anweisungsfällen abgestellt werden, vgl. nur Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, § 129 Rn. 305.

lich des § 297 BGB und § 321 BGB durchaus bekannt. Zur Schließung der Regelungslücke kann deshalb eine analoge Anwendung dieser Vorschriften nach hier vertretener Auffassung in Betracht kommen.

Dabei stellen die § 297 BGB und § 321 BGB in ihrer unmittelbaren Anwendung nicht auf die Unfähigkeit des Schuldners zur Erfüllung der Geldforderungen seiner Gläubiger ab, sondern lediglich auf die Unfähigkeit zur Erfüllung der konkreten Forderung des anderen Teils, das heißt in diesen Zusammenhang auf die konkrete Forderung des Anfechtungsgegners. Deshalb lässt sich die Möglichkeit einer Analogie nicht pauschal mit der Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 InsO begründen. Stattdessen ist im Einzelfall danach zu differenzieren, inwieweit sich die Rechtsgedanken der §§ 297, 321 BGB bei einer wertenden Betrachtung auf die Gefahr einer anfechtungsrechtlichen Gläubigerbenachteiligung übertragen lassen.

**(aa) Zivilrechtliche Obliegenheit zur Mitwirkung**

Der Herleitung eines Annahmeverweigerungsrechts bedarf es zum Ausschluss eines Annahmeverzuges gemäß §§ 293 ff. BGB von vornherein nicht, wenn auf die angebotene Leistung kein Anspruch besteht oder diese vom Inhalt des Anspruchs abweicht. Denn gemäß § 294 BGB ist der Eintritt eines Annahmeverzuges in einem solchen Fall ohnehin ausgeschlossen,<sup>1159</sup> so dass ein Konflikt mit einer zivilrechtlichen Obliegenheit zur Annahme des Erwerbs nicht bestehen kann. Vielmehr ist bei einer nicht anspruchsgemäßen Leistung des Schuldners die Annahmeverweigerung dem Anfechtungsgegner stets zumutbar. Nimmt er eine solche Leistung trotzdem an und hat er dabei von der Gläubigerbenachteiligung Kenntnis, setzt er sich also aufgrund des § 294 BGB durchweg einem Anfechtungsrisiko aus.<sup>1160</sup>

Stattdessen ist die Begründung eines Annahmeverweigerungsrechts zum Ausschluss eines Annahmeverzuges nur dann erforderlich, wenn der Anfechtungsgegner auf den ihm konkret angebotenen Erwerb einen Anspruch hat. Insofern kommt eine analoge Anwendung des § 297 BGB in Betracht, wonach ein Annahmeverzug bei »Unvermögen« des Schuldners ausgeschlossen ist.

**(aaa) Analoge Anwendung des § 297 BGB**

Nach § 297 BGB gerät der Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots »außerstande« ist, die Leistung zu bewirken. Die Vorschrift zielt auf Situationen ab, in denen der Schuldner zum Zeitpunkt des Angebots die Leistung ohnehin nicht hätte erbringen können respektive er zur Leistung nicht bereit gewesen ist.<sup>1161</sup> Das heißt dem § 297 BGB liegt der Rechtsgedanke zugrunde, dass ein Annahmeverzug trotz der Annahmeverweigerung ausgeschlossen sein muss, wenn in der Person des Schuldners alternative Gründe bestehen, die ein Ausbleiben der konkreten Leistung ebenso herbeigeführt hätten.

Während dabei in einer direkten Anwendung des § 297 BGB insbesondere Gründe wie die einer Krankheit oder einer Ortsabwesenheit des Schuldners in Betracht kommen,<sup>1162</sup> muss in einer analogen Anwendung des § 297 BGB nach hier vertretener Auffassung allerdings auch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners berücksichtigt werden. Denn gemäß der Wertung der

<sup>1159</sup> Siehe nur MüKo/Ernst, BGB, § 294 Rn. 4.

<sup>1160</sup> Insofern wird oftmals ein Gleichlauf mit einer inkongruenten Deckung im Sinne von § 131 InsO bestehen. Diese Parallele ist aber nicht zwingend, da § 294 BGB entscheidend auf den Anspruchsinhalt abstellt, während sich die Inkongruenz der Deckung im Sinne von § 131 InsO maßgeblich aus dem objektiven Verdacht einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ergibt. Siehe zur Inkongruenz bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(cc)(aaa), ab Seite 234.

<sup>1161</sup> Siehe nur MüKo/Ernst, BGB, § 297 Rn. 2.

<sup>1162</sup> MüKo/Ernst, aaO.

§§ 17, 13, 14, 15a InsO hätte in diesem Fall die konkrete Leistung ebenso unterbleiben müssen, weil der bösgläubige Anfechtungsgegner in der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Durchsetzung seines Anspruchs einen Insolvenzantrag hätte stellen sollen.

**(bbb) Anspruchsgemäße Leistung bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners**

Für den Regelfall bedeutet dies also, dass der bösgläubige Anfechtungsgegner auch die Annahme einer anspruchsgemäßen Leistung immer dann analog § 297 BGB verweigern darf und muss, wenn ihm alternativ die Stellung eines Insolvenzantrags möglich ist. Besteht diese Möglichkeit mangels einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hingegen nicht, gilt umgekehrt wiederum, dass ihm die Verweigerung seiner anspruchsgemäßen Begünstigung trotz seiner Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung nicht zugemutet werden kann, so dass er einem Anfechtungsrisiko mangels Annahmeverschuldens entzogen ist.<sup>1163</sup> Außerhalb der materiellen Insolvenz des Schuldners ist die anspruchsgemäße Deckung einer Forderung demgemäß trotz Bösgläubigkeit nach hier vertretener Auffassung stets anfechtungsfest.

Ein solches Ergebnis ist auch sachgerecht. Denn würde der bösgläubige Anfechtungsgegner durch die präventive Funktion des Insolvenzanfechtungsrechts selbst dann noch von einer Annahme seiner anspruchsgemäßen Begünstigung abgehalten, wenn der Schuldner sich nicht in der Zahlungsunfähigkeit befindet, könnte der Schuldner seine Leistungspflicht faktisch sabotieren. Insofern wäre es denkbar, dass er die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners künstlich herbeiführte und somit einen Grund schuf, weshalb der Anfechtungsgegner aufgrund der Warnung der Tatbestände insgesamt auf die Durchsetzung seiner Forderung verzichten müsste. Ein solcher Missbrauch des Anfechtungsrechts käme insbesondere im Fall der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO in Betracht, weil hier wie gesehen die eigene Prognose des Anfechtungsgegners durch die Prognose des Schuldners ersetzt wird.<sup>1164</sup> Denn aufgrund dieser Substitution ist es für die Herbeiführung einer Bösgläubigkeit des Gegners bereits ausreichend, dass der Schuldner ihm bei der Leistungserbringung mitteilt, die Absicht zu hegen, durch die Leistung seine Gläubiger zu benachteiligen. Steht dem Gegner hier allerdings nicht die Alternative eines Insolvenzantrags offen, darf ihn dieses Sonderwissen nicht belasten, sondern der Gegner muss die ihm zustehende Leistung ungehindert annehmen können. Weil den Gegner also bereits kein Annahmeverschulden trifft, bedarf es im Rahmen der Vorsatzanfechtung entgegen dem BGH insbesondere auch keiner korrigierenden Auslegung des Vorsatzbegriffes.<sup>1165</sup>

Dabei werden über das differenzierende Kriterium des Annahmeverschuldens auch die Interessen des »wachsamen Gläubigers« angemessen berücksichtigt. Denn hat dieser keine Kosten und Mühen gescheut und sich laufend über die Bonität seines Schuldners informiert, kann er die »Früchte seiner Wachsamkeit« dadurch einfahren, dass er die anspruchsgemäße Erfüllung seiner Forderung bereits durchsetzt, noch bevor die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eingetreten ist. Reagiert er jedoch zu spät und ist der Schuldner tatsächlich bereits zahlungsunfähig, ist es mit der Wachsamkeit des Gläubigers offenbar nicht weit her gewesen. Stattdessen kann und muss er in dieser Situation ein Leistungsangebot des Schuldners analog § 297 BGB ablehnen, während er zur Forderungsdurchsetzung auf das Insolvenzverfahren verwiesen ist.<sup>1166</sup>

---

<sup>1163</sup> Vgl. für die Vorsatzanfechtung im Ergebnis auch *Marotzke*, ZInsO 2014, 417, 443.

<sup>1164</sup> Siehe dazu bereits unter C.II.3)a)bb)(2)(a)(aa)(aaa), ab Seite 230.

<sup>1165</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)a)ff)(3), Seite 94.

<sup>1166</sup> Andere Ansicht *Jungclaus*, KTS 2014, 257, 265 f. Siehe dazu jedoch bereits unter B.IV.2)d)bb)(2), Seite 108 f.

Schließlich kann die Zumutbarkeit einer Annahmeverweigerung wie bereits dargelegt auch im Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung relevant werden.<sup>1167</sup> Insofern gelten jedoch im Prinzip keine Besonderheiten. Insbesondere ist es belanglos, wenn gemäß § 267 BGB die Leistung des Schuldners über einen Dritten als Mittelsperson erfolgt, weil dem Anfechtungsgegner gegen den Dritten dieselben Einwendungen zustehen müssen, wie auch gegenüber dem Schuldner.<sup>1168</sup>

**(bb) Zivilrechtliche Pflicht zur Mitwirkung**

Besteht für den Anfechtungsgegner nicht nur die Obliegenheit zur Mitwirkung an seiner eigenen Begünstigung, sondern ist er zu dieser zivilrechtlich sogar verpflichtet, reicht allein § 297 BGB zur Begründung eines Annahmeverweigerungsrechts nicht mehr aus. Die Pflicht zur Mitwirkung kann sowohl eine vereinbarte Hauptpflicht als auch eine gemäß § 241 Abs. 2 BGB bestehende Nebenpflicht bilden, wobei gerade die möglichen Nebenpflichten besonders vielgestaltig sein mögen.<sup>1169</sup> So kann gemäß § 241 Abs. 2 BGB nicht nur die Pflicht zur Annahme einer anspruchsgemäßen Leistung bestehen, sondern unter Umständen vom Gegner ebenso verlangt werden, dass er entgegen § 294 BGB »gewisse Modifikationen« noch als vertragsgerecht akzeptiert.<sup>1170</sup>

Wäre dem bösgläubigen Gegner aufgrund eines Konflikts mit diesen zivilrechtlichen Nebenpflichten somit die Annahmeverweigerung unzumutbar, obwohl der Schuldner zahlungsunfähig ist oder die angebotene Leistung vom ursprünglichen Anspruchsinhalt abweicht, käme dies einer Umgehung der soeben entwickelten Rechtsgedanken aus §§ 294, 297 BGB gleich. Dies führte nicht zu interessengerechten Ergebnissen, denn es drohte der Anwendungsbereich der §§ 130, 131 InsO faktisch leerzulaufen. Um dies zu vermeiden, ist die Verwirklichung des Rechtsgedankens der §§ 294, 297 BGB vielmehr mithilfe eines weiteren Verweigerungsrechts sicherzustellen.

**(aaa) Analoge Anwendung des § 321 Absatz 1 Satz 1 BGB**

Insofern kommt als Fortführung der §§ 294, 297 BGB eine analoge Anwendung der »Unsicherheitseinrede« des § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Nach § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB kann bei einem gegenseitigen Vertrag der zur Vorleistung Verpflichtete die eigene Leistung verweigern, wenn aufgrund der mangelnden Leistungsfähigkeit des Schuldners erkennbar wird, dass der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist. Nach herrschender Meinung handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine spezielle Ausprägung einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB.<sup>1171</sup> Der Rechtsgedanke des § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht demgemäß darin, dass der Gegner die eigene Leistung nicht erbringen muss, wenn aufgrund der mangelnden Leistungsfähigkeit des Schuldners eine Unsicherheit über die Erzielung des ursprünglich vorausgesetzten Leistungszwecks besteht.

In diesem Sinne kann § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB nach hier vertretener Auffassung jedoch in einer analogen Anwendung zu einem Instrument für die Verwirklichung der Rechtsgedanken der §§ 294, 297 BGB ausgebaut werden. Denn nach diesen soll wie dargelegt der bösgläubige Gegner das Anfechtungsrisiko tragen, wenn dessen Begünstigung entweder nicht anspruchsgemäß erfolgte oder aber der Schuldner sich bereits in der Zahlungsunfähigkeit befand. In diesem Fall ist jedoch auch die Geschäftsgrundlage der Leistung gestört, weil durch das An-

<sup>1167</sup> Siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(b)(bb)(ccc), Seite 200.

<sup>1168</sup> Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 267 Rn. 4.

<sup>1169</sup> Siehe allgemein zu den aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleiteten möglichen Mitwirkungspflichten als Nebenpflichten nur MüKo/*Bachmann/Roth*, BGB, § 241 Rn. 74 ff.

<sup>1170</sup> MüKo/*Bachmann/Roth*, BGB, § 241 Rn. 77.

<sup>1171</sup> MüKo/*Emmerich*, BGB, § 321 Rn. 2; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 321 Rn. 1.

fechtungsrisiko eine Unsicherheit darüber besteht, ob der Zweck der Annahme des Erwerbs überhaupt erreicht werden kann. Aufgrund der Gefahr einer Rückgewährpflicht, kann der Gegner in den Konstellationen der §§ 294, 297 BGB vielmehr gemäß § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB analog auch seine Nebenpflicht zur Annahme verweigern.

**(bbb) Annahme einer Leistung als Nebenpflicht**

Für den Regelfall bedeutet dies also, dass der bösgläubige Gegner die Unsicherheitseinrede gemäß § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB analog erheben darf und muss, wenn von ihm die Annahme seines Erwerbs als Nebenpflicht entweder zum Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gefordert wird, oder aber der Erwerb des Gegners vom ursprünglichen Anspruchsinhalt abweicht. Dies ist auch aus der Sicht des Schuldners sachgerecht, denn regelmäßig sind die Mitwirkungspflichten des Gegners für den Schuldner nicht mehr als bloße Hilfestellungen und dienen somit nur seinem Interesse an einer möglichst praktikablen Leistungserbringung,<sup>1172</sup> während der tatsächliche Ausfall allein beim Anfechtungsgegner eintritt. Daher erleidet der Schuldner keine unzumutbare Beeinträchtigung seiner Rechte, wenn der Gegner seiner Nebenpflicht nicht nachkommt und entsprechend der §§ 294, 297 BGB die Annahme der Leistung entweder insgesamt verweigert oder der Gegner auf eine anspruchsgemäße Leistung besteht.

**(ccc) Schuldbefreiung aufgrund Erfüllung einer Leistungspflicht**

Anderes gilt nach hier vertretener Auffassung allerdings, soweit es sich bei der Mitwirkung an der Begünstigung nicht um eine reine Nebenpflicht des Anfechtungsgegners handelt, sondern vielmehr um dessen vereinbarte Leistungspflicht. Die Begünstigung des Gegners besteht hier regelmäßig lediglich in der Befreiung von seiner Verbindlichkeit gemäß § 362 Abs. 1 BGB. Das Recht zur Verweigerung der Mitwirkung an dieser Begünstigung liefe auf die Verweigerung der Leistungserbringung hinaus und wäre deshalb von der bloßen Fortführung der §§ 294, 297 BGB nicht mehr gedeckt. Vielmehr hat der Anfechtungsgegner bei der anspruchsgemäßen Erfüllung seiner Leistungspflicht von vornherein kein Recht zur Erhebung der Unsicherheitseinrede nach § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB analog. Auf der Kehrseite bedeutet dies allerdings, dass ihm die Verweigerung der Leistung unzumutbar ist und daher die Begünstigung in Form einer gemäß § 362 Abs. 1 BGB eintretenden Schuldbefreiung stets anfechtungsfest sein muss.<sup>1173</sup>

Ein solches Ergebnis ist aus der Sicht des Schuldners und dessen Gläubigern auch sachgerecht. Denn der Schuldner hat an der Erfüllung einer Leistungspflicht des Anfechtungsgegners ein ungleich stärkeres Interesse als bei bloßen Nebenpflichten, so dass auch ihm der Einwand eine Unsicherheitseinrede nicht zugemutet werden kann. Anderenfalls bestünde ein Missbrauchsrisiko, weil sich der Anfechtungsgegner bereits aufgrund seiner pessimistischen Prognose einer Gläubigerbenachteiligung der Erfüllung seiner Leistungspflicht entziehen könnte. Aufgrund dieser Leistungsverweigerung würden dem Schuldner allerdings wirtschaftliche Vorteile vorenthalten, die seine Krise sogar erst hervorrufen oder noch verstärken könnten.<sup>1174</sup> Bezüglich der Prognose einer Gläubigerbenachteiligung bestünde somit die Gefahr einer selbsterfüllenden Prophezeiung. Dies wäre evident nicht interessengerecht.

**(ddd) Schuldbefreiung durch alternative Leistungserbringung**

Einen Sonderfall bildet wiederum die von § 362 Abs. 1 BGB abweichende Erfüllung einer Leistungspflicht mittels alternativer Leistungserbringungen. Ist der Anfechtungsgegner zu solchen Leistungsmodalitäten nicht verpflichtet, ist die Herleitung eines Verweigerungsrechts

---

<sup>1172</sup> Vgl. MüKo/Bachmann/Roth, BGB, § 241 Rn. 78 ff.

<sup>1173</sup> Vgl. für die Vorsatzanfechtung auch *Jacoby*, KTS 2009, 3, 22; *Bork*, ZIP 2008, 1041, 1049.

<sup>1174</sup> Kübler/Prütting/Bork/Schoppmeyer, InsO, § 132 Rn. 25; *Röttger*, Anweisungsleistungen S. 74 f.

von vornherein nicht notwendig. Fordert der Schuldner etwa eine Leistung an Erfüllung statt gemäß §§ 362, 364 BGB, dann ist dazu eine zusätzliche Vereinbarung erforderlich,<sup>1175</sup> so dass der Anfechtungsgegner dem nicht Folge leisten muss. Weiß dieser von der Gläubigerbenachteiligung und leistet er gleichwohl an Erfüllung statt, hat er sich vielmehr eigenverantwortlich und sehenden Auges einem Anfechtungsrisiko ausgesetzt. In der Folge trifft ihn hinsichtlich der Erfüllungswirkung nach §§ 362, 364 BGB ein Annahmeverschulden, so dass diese anfechtbar ist und der Anfechtungsgegner erneut leisten muss.

Einem solchen Wiederaufleben der Leistungspflicht des Anfechtungsgegners steht es insbesondere nicht entgegen, wenn dieser durch die alternative Leistungserbringung per Saldo regelmäßig nicht bereichert wurde, weil er etwa sein Vermögen für die Schuldbefreiung nach §§ 362, 364 BGB nicht weniger gemindert hat, als es bei einer Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB der Fall gewesen wäre. Denn durch sein Annahmeverschulden trägt er zugleich das überschießende Verlustrisiko, dass er hinsichtlich seiner Schuldbefreiung einer anfechtungsrechtlichen Rückgewährpflicht unterliegen kann, ohne durch die Schuldbefreiung per Saldo auch bereichert zu sein.<sup>1176</sup>

**(eee) Schuldbefreiung durch Direktlieferung als Mittelsperson einer mittelbaren Zuwendung**

Gleiches muss schließlich im Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung für die Konstellation der Anweisungsfälle gelten, bei der der Anfechtungsgegner als Mittelsperson des Schuldners auf dessen Weisung gemäß §§ 362 Abs. 2, 185 BGB direkt an den Empfänger leistet. Denn im Ansatzpunkt stellt diese Weisung nach § 185 BGB lediglich eine Ermächtigung dar,<sup>1177</sup> nicht jedoch zugleich eine Verpflichtung. Zwar käme hier gemäß § 241 Abs. 2 BGB unter Umständen auch die Begründung einer Nebenpflicht des Anfechtungsgegners in Betracht, aus Rücksicht auf die Interessen des Schuldners dessen Weisung tatsächlich Folge zu leisten. Vergleichbar einer Mitwirkungspflicht bei der Annahme einer Leistung des Schuldners diene diese Nebenpflicht jedoch reinen Praktikabilitätsinteressen, so dass nach hier vertretener Auffassung jedenfalls die analoge Anwendung der Unsicherheitseinrede des § 321 Abs. 1 Satz 1 BGB möglich sein muss. Auf der Kehrseite bedeutet dies wiederum, dass die bösgläubige Mittelsperson zur Vermeidung eines Anfechtungsrisikos folglich dazu angehalten ist, die Leistung nicht gemäß der Weisung an den Empfänger zu erbringen, sondern sie entsprechend § 362 Abs. 1 BGB dem Schuldner unmittelbar selbst anzubieten.<sup>1178</sup> Verstößt die Mittelsperson hiergegen, hat sie sich ihrem überschießenden Verlustrisiko eigenverantwortlich ausgesetzt. Entgegen dem BGH kommt es insbesondere nicht darauf an, ob zudem ein »kollusives Zusammenwirken« mit dem Schuldner vorliegt.<sup>1179</sup>

Ein solches Ergebnis ist auch aus der Sicht des Schuldners sowie des Empfängers sachgerecht. Denn soll die Mittelsperson statt an den Empfänger an den Schuldner leisten, ist letzterer in der Konsequenz zur Einziehung seiner Forderung weiterhin in der Lage, während sich die Mittelsperson ihrer eigentlichen Leistungspflicht nicht entziehen kann. Deshalb kann erwartet werden, dass die Mittelsperson eine Leistung an den Empfänger nur dann verweigert, wenn sie eine Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Krise des Schuldners tatsächlich für

<sup>1175</sup> MüKo/Fetzer, BGB, § 364 Rn. 1.

<sup>1176</sup> Siehe bereits unter C.I.1)b)cc), Seite 141.

<sup>1177</sup> Siehe nur MüKo/Fetzer, BGB, § 362 Rn. 14.

<sup>1178</sup> Gegenüber der Mittelsperson ist die Schwelle zur Anfechtbarkeit allerdings dadurch erhöht, dass es sich dogmatisch nur um eine mittelbarkeitsspezifische Ausfallhaftung handelt, so dass ein auf der Mittelbarkeit basierender Ausfall in der vorrangigen Anfechtung gegen den Dritten vorauszusetzen ist. Siehe bereits unter C.II.1)a)dd)(2)(a)(bb), Seite 192 f.

<sup>1179</sup> Siehe dazu bereits unter C.I.1)b)cc)(1), Seite 141 ff.



möglich hält. Die Interessen des Schuldners werden dadurch auch nicht unzumutbar beeinträchtigt. Denn liegt ihm aus Praktikabilitätsgründen besonders viel daran, dass die Mittelsperson direkt an den Empfänger leistet, bleibt ihm regelmäßig noch die Möglichkeit zur Abtretung seines Leistungsanspruchs an den Empfänger. Durch die Notwendigkeit eines solchen Umwegs würde der Empfänger vor der Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung wiederum gewarnt, so dass zugleich die präventive Funktion des Anfechtungsrechts fortwirken würde.

**(d) Zwischenfazit**

Bis hierhin kann festgehalten werden, dass sich über das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des Annahmeverschuldens durch die Herleitung von Verweigerungsrechten auch bei einem Konflikt mit zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten im Einzelfall noch sachgerechte Ergebnisse begründen lassen, ohne dass es dazu einer korrigierenden Auslegung der übrigen Tatbestandsmerkmale bedürfte. Allerdings wird ein solcher Lösungsweg erst durch die Erkenntnis möglich, dass die Anfechtungstatbestände den normativen Rechtfertigungsgrund der Anfechtung nicht etwa bereits selbst beinhalten, sondern lediglich auf den Eintritt dieses Rechtfertigungsgrundes hinweisen, indem sie bezüglich der späteren Gläubigerbenachteiligung nur eine Prognose darstellen. Denn erst aus diesem prognostischen Charakter der Tatbestände ergibt sich ein struktureller Vorrang für die aktuellen, das heißt schon zum Zeitpunkt der Rechtshandlung bestehenden zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten des Anfechtungsgegners.

Dieser Vorrang des Zivilrechts schützt den Anfechtungsgegner einerseits vor der unzumutbaren Wahl zwischen einem Anfechtungsrisiko und den negativen zivilrechtlichen Konsequenzen, welche sich bei einer unberechtigten Annahmeverweigerung ergeben würden. Andererseits kann er jedoch durch eine analoge Anwendung der § 297 BGB und § 321 BGB im Einzelfall wieder interessengerecht eingeschränkt werden. So wird insbesondere im Rahmen der Vorsatzanfechtung begründbar, dass ihr nicht anspruchsgemäße Deckungen stets unterliegen können, wohingegen anspruchsgemäße Deckungen außerhalb der Insolvenzreife des Schuldners der Anfechtung entzogen sind, ohne dass es dazu innerhalb des § 133 InsO eines Umwegs über variierende Anforderungen an den Schuldnervorsatz bedürfte. Stattdessen ist die anfechtungsrechtliche Schutzwürdigkeit des Gegners über das Kriterium eines Annahmeverschuldens bereits einer unmittelbaren Feinsteuerung zugänglich.

**b) Sonderfälle**

Wenn die Anfechtungstatbestände der Parallelwertung nach der hier vertretenen Konzeption wie gesehen die gemeinsame Funktion haben, die Schutzwürdigkeit des Rechtsverkehrs in Person des Anfechtungsgegners zu widerlegen, besteht diese Aufgabe auch noch außerhalb der §§ 130 bis 133 InsO. Allerdings ist dafür eine Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners – mitsamt der anschließenden Handlungsoptionen des Bargeschäfts oder der Annahmeverweigerung – ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn der Anfechtungsgegner in seinem Vertrauen auf den Bestand seines Erwerbs schon aus anderen Gründen keinen Schutz verdient hat. Über die §§ 134, 135 InsO hat der Gesetzgeber das Tor zum Insolvenzanfechtungsrecht deshalb für zwei weitere Grundkonstellationen geöffnet, in denen der Anfechtungsgegner unabhängig von seinem Kenntnisstand ohnehin mit der Rückgewähr seiner erlangten Begünstigung zu rechnen hat. Als Sonderfälle weichen diese Konstellationen zwar von der anfechtungsrechtlichen Parallelwertung der §§ 130 bis 133 InsO ab, knüpfen dafür allerdings unmittelbar an Sonderwertungen des Zivil- und Gesellschaftsrechts an.

**aa) Unentgeltlicher Erwerb (§ 134 InsO)**

Gemäß § 134 InsO sind unentgeltliche Leistungen anfechtbar, ohne dass es dabei auf eine Bösgläubigkeit des Empfängers ankäme. Diese Regelung basiert auf der zivilrechtlichen Son-

derwertung der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs.<sup>1180</sup> Denn ausweislich der §§ 519, 528, 816 Abs. 1 Satz 2, 822, 988, 2287, 2325, 2329 BGB enthält das Zivilrecht den allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Unentgeltlichkeit eines Erwerbs zu einer erleichterten Rückgewährpflicht führen kann.<sup>1181</sup> Allerdings wurde in der Ausgangslage bereits darauf hingewiesen, dass die Konsequenzen aus dieser Erkenntnis in der Diskussion alles andere als geklärt sind, weil es an einem tatbestandsübergreifenden Orientierungspunkt fehlt, der für die Auslegung des Begriffs der Unentgeltlichkeit herangezogen werden könnte.<sup>1182</sup>

Dabei ist es insbesondere nicht möglich, für den Begriff der Unentgeltlichkeit schlicht auf das zivilrechtliche Verständnis zurückzugreifen, weil die Unentgeltlichkeit bereits im Zivilrecht nicht immer einheitlich beurteilt wird.<sup>1183</sup> Vielmehr wird in der Diskussion insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass der Begriff in einem spezifisch anfechtungsrechtlichen Sinne zu verstehen sei.<sup>1184</sup> Soweit deshalb jedoch aufgrund des gläubigerschützenden Zwecks des Anfechtungsrechts vom BGH geschlussfolgert wird, dass die Unentgeltlichkeit zum Schutz der Gläubiger einer »weitgehenden Ausdeutung« bedürfe,<sup>1185</sup> gibt dies in der konkretisierenden Anwendung des § 134 InsO weder einen praktikablen Leitfaden vor noch kann dies vom Ansatz her überzeugen. Stattdessen muss für die spezifisch anfechtungsrechtliche Unentgeltlichkeit maßgeblich sein, welche Aufgabe dem § 134 InsO im Zusammenspiel der Anfechtungsvoraussetzungen zukommt.

#### (1) **Fehlender Vertrauensschutz bei zivilrechtlicher Schwäche des Erwerbs**

Nach der hier vertretenen Konzeption spielt der Schutz der Interessen der Gläubiger für die Auslegung des § 134 InsO entgegen dem BGH keine entscheidende Rolle. Insbesondere hat § 134 InsO nicht etwa die Funktion, zugunsten der Gläubiger als selbständiger Anfechtungsgrund eine Anfechtung zu legitimieren.<sup>1186</sup> Vielmehr nimmt er wie jeder Anfechtungstatbestand die genau gegenteilige Sicht ein, indem er nur noch die eingrenzende Aufgabe hat, die schutzwürdigen Interessen des Anfechtungsgegners zu berücksichtigen. Denn wie dargelegt liegt der Rechtfertigungsgrund der Anfechtung nicht in den Tatbeständen, sondern bereits in der Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO. Kann daher die Auslegung der Tatbestände auf die Verwirklichung eines angemessenen Verkehrsschutzes konzentriert werden, lässt sich jedoch – ähnlich wie schon zur Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners – trotz der Uneinheitlichkeit des zivilrechtlichen Begriffs der Unentgeltlichkeit auch für die Auslegung des § 134 InsO auf zivilrechtlich bekannte Wertungen zurückgreifen.

Denn fordern die Tatbestände des Regelfalls wie gesehen eine Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung, kann diese Kenntnis für die anfechtungsrechtliche Rückabwicklung allerdings nicht mehr vorausgesetzt werden, wenn das Vertrauen in die Beständigkeit des Erwerbs bereits zivilrechtlich nicht geschützt ist. Fehlt es schon zivilrechtlich an einem Bestandsschutz, muss dies vielmehr erst recht im Rahmen des Insolvenzanfechtungsrechts gelten. Würden hier hingegen noch weitere Voraussetzungen für eine Rückgewährpflicht gefordert, wäre in der Konsequenz der Gegner anfechtungsrechtlich stärker geschützt, wie er es zivilrechtlich wäre.

<sup>1180</sup> Braun/de Bra, InsO, § 134 Rn. 1; MüKo/Kayser, InsO, § 134 Rn. 1; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 134 Rn. 2; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 134 Rn. 2. Vgl. auch Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, § 134 Rn. 2; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.08 sowie die Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 161.

<sup>1181</sup> Vgl. MüKo/Kayser, aaO.

<sup>1182</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)b)aa), Seite 97.

<sup>1183</sup> Treffend Thole, Gläubigerschutz, S. 445 sowie S. 447 ff.

<sup>1184</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)b)cc), Seite 98.

<sup>1185</sup> So BGH, NZI 2011, 107 Rn. 11; NJW 1999, 1033; NJW 1991, 560, 561. Ihm folgend Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 134 Rn. 18.

<sup>1186</sup> So aber die ganz herrschende Meinung. Siehe explizit zu § 134 InsO etwa Prütting, KTS 2005, 253, 254 f.

Soweit die Rechtsfolgen für den Gegner identisch sind, ist ein solches Ergebnis jedoch nicht interessengerecht. Denn dann macht es für den Gegner keinen Unterschied, ob er nun zivilrechtlich oder anfechtungsrechtlich zur Rückgewähr verpflichtet ist.

Dagegen kann die Anfechtungsmöglichkeit für seine Gläubiger aber einen echten Mehrwert besitzen. Denn gegenüber einem rein zivilrechtlichen Rückgewähranspruch beinhaltet das Anfechtungsrecht insbesondere den Vorteil der haftungsrechtlichen Dogmatik, wonach Anfechtungsansprüche in der Insolvenz des Anfechtungsgegners eine Aussonderungskraft besitzen und deshalb zu einer sachgerechten Lösung der Konkurrenz von Haftungsmassen führen.<sup>1187</sup> Weil sich ein solches Ergebnis über rein schuldrechtliche Rückgewährpflichten aber nicht erreichen ließe, ist es deshalb im Falle einer Gläubigerbenachteiligung erforderlich, die Konstellationen des zivilrechtlich ohnehin fehlenden Vertrauensschutzes auch in die Insolvenzanfechtung zu übertragen. Nach der hier vertretenen Konzeption kann diese Aufgabe jedoch nur vom Sondertatbestand des § 134 InsO wahrgenommen werden.<sup>1188</sup> Vor eben diesem Hintergrund ist demgemäß der Zentralbegriff des § 134 InsO – das heißt die »Unentgeltlichkeit« der Leistung – auszulegen.

#### **(a) Schenkung**

Nach allgemeiner Ansicht werden vom Begriff der Unentgeltlichkeit in § 134 InsO zumindest Schenkungen gemäß § 516 BGB erfasst, das heißt Vermögensverschiebungen, bei denen sich die Parteien über die fehlende Gegenleistung einig sind.<sup>1189</sup> Dies ist sachgerecht, denn Schenkungen stehen zivilrechtlich gemäß §§ 519, 528 BGB unter dem stillschweigenden Vorbehalt einer fortdauernden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schenkers,<sup>1190</sup> so dass in dessen wirtschaftlicher Not das Vertrauen des Beschenkten auf den Fortbestand seiner Begünstigung schon zivilrechtlich nicht mehr schutzwürdig ist. Unabhängig von einer Kenntnis von der anfechtungsrechtlichen Gläubigerbenachteiligung, muss der Beschenkte daher stets damit rechnen, dass er in der Folge einer Verarmung des Schenkers seinen unentgeltlichen Erwerb nicht mehr behalten darf.

Es ist deshalb nur konsequent, dass eine Schenkung in der Insolvenz des Schuldners gemäß § 134 Abs. 1 InsO ohne weiteres für anfechtbar erklärt wird, so dass bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Begründung einer mangelnden Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners genügt.<sup>1191</sup> Zwar scheidet eine Anfechtung trotz der Insolvenz des Schuldners aus, wenn die Leistung früher als vier Jahre vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurde; die diesbezügliche Beweislast trägt jedoch abweichend vom Regelfall der Anfechtungsgegnern.<sup>1192</sup> Im Zweifel steht der Zeitablauf einer Anfechtung daher nicht entgegen. Vielmehr erfolgt eine zwingende Einschränkung allein über die in § 129 InsO normierten allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung.

#### **(aa) Gebräuchliche Geschenke geringen Wertes (§ 134 Absatz 2 InsO)**

Trotz der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs können bloße Anstandsschenkungen allerdings auch zivilrechtlich gemäß § 534 BGB nicht zurückgefordert werden. In der Insolvenzanfechtung wird diese Einschränkung durch § 134 Abs. 2 InsO gespiegelt,<sup>1193</sup> wonach ge-

---

<sup>1187</sup> Siehe zur Bedeutung der haftungsrechtlichen Dogmatik schon unter C.I.4), ab Seite 160 ff. und speziell im Dreipersonenverhältnis unter C.II.1)a)dd)(2)(c), ab Seite 201 ff.

<sup>1188</sup> Vgl. dazu auch bereits unter C.II.1)b)aa)(2)(b), Seite 216.

<sup>1189</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)b)bb), Seite 97 f.

<sup>1190</sup> MüKo/J. Koch, BGB, § 519 Rn. 1.

<sup>1191</sup> In diesem Sinne auch M. Fischer, Unentgeltlichkeit, S. 393, der eine Parallele zwischen § 528 BGB und § 134 InsO zieht, weil eine weitergehende Auslegung des Unentgeltlichkeitsbegriffs in § 134 InsO zu dem »wenig stimmigen Ergebnis [führte], daß die Gläubiger weiterreichend geschützt werden als der verarmte Schenker«.

<sup>1192</sup> Begründung des RegE, BT-Drs. 12/2443 S. 161; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, § 134 Rn. 163.

<sup>1193</sup> Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 21.94.

bräuchliche Gelegenheitsgeschenke von geringem Wert stets anfechtungsfest sind. Nach der hier vertretenen Konzeption handelt es sich bei der Ausnahmenvorschrift des § 134 Abs. 2 InsO dogmatisch um eine gesetzliche Konkretisierung des Fehlens einer Rechtshandlung im Sinne des § 129 InsO, da die Anfechtung solcher Geschenke bereits außerhalb des Schutzzwecks des Anfechtungsrecht stünde. Denn weil beispielsweise Geburtstagsgeschenke zumindest in der Höhe eines geringen Wertes als gebräuchliches Anstandsgeschenk gesellschaftlich erwartet werden, sind sie als Anstandsgeschenke für eine angemessene Teilhabe am gesellschaftlichen Leben notwendig. In diesem Sinne stellen sie für den Schuldner existentielle Geschäfte dar, an deren Verhinderung oder Rückabwicklung seine Gläubiger schlechterdings kein schützenswertes Interesse haben.<sup>1194</sup> In der Folge fehlt es in den Fällen des § 134 Abs. 2 InsO mangels eines anfechtungsrechtlich relevanten Risikos an einem objektiven Zusammenhang zwischen dem Verhalten und der Vermögensbelastung, so dass die Anfechtung schon an einer anfechtbaren Rechtshandlung scheitert.

**(bb) Kein Annahmeverschulden und kein Verlustrisiko**

Wenn § 134 InsO insbesondere die nach § 528 BGB bestehende Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs auf die Tatbestandsseite des Insolvenzanfechtungsrechts überträgt, muss Selbiges allerdings auch auf der Rechtsfolgenseite gelten. Insofern kann der Anfechtungsgegner allein aufgrund der zivilrechtlichen Sonderwertung der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs nicht stärkeren Rechtsfolgen ausgesetzt sein, wie dies zivilrechtlich wegen der wirtschaftlichen Not des Schuldners möglich wäre. Die zivilrechtliche Rückforderung aufgrund einer Verarmung des Schenkers folgt gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB jedoch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, so dass dem gutgläubigen Beschenkten insbesondere gemäß § 818 Abs. 3 BGB die Einrede der Entreicherung offensteht.

Es ist deshalb wiederum nur konsequent, dass der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung auch anfechtungsrechtlich gemäß § 143 Abs. 2 Satz 1 BGB lediglich insoweit rückgewährpflichtig ist, wie er durch die Schenkung noch bereichert ist. In Abweichung vom Regelfall des § 143 Abs. 1 InsO trägt der Beschenkte in der Folge kein überschießendes Verlustrisiko.<sup>1195</sup> Dieses Ergebnis ist sachgerecht, denn durch das Fehlen einer Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners enthält § 134 InsO weder eine Warnung vor dem Anfechtungsrisiko, noch den Appell, von der Annahme der Schenkung abzusehen. Nach der hier vertretenen Konzeption fehlt es insofern also bereits an einem Annahmeverschulden des Beschenkten, so dass die strikte Rückgewährpflicht des Regelfalls im Grundsatz nicht begründet werden kann.<sup>1196</sup> Anderes gilt nur dann, wenn zur Schenkung noch eine Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners hinzutritt, so dass sich auch § 134 InsO letztlich in die Parallelwertung der Tatbestände einreicht. Dementsprechend legt § 143 Abs. 2 Satz 2 InsO für die Konstellationen der Bösgläubigkeit fest, dass der Gegner in diesem Falle wieder gemäß dem Regelfall haftet.

**(b) Rechtsgrundloser Erwerb**

Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist in § 134 InsO allerdings nicht allein in einer Parallele zum Schenkungsbegriff aus § 516 BGB zu verstehen. Solange nur der Erwerb auf einer Rechtshandlung basiert, welche gemäß § 129 InsO die Gläubiger des Schuldners benachteiligt, muss § 134 InsO nach dem bisher Gesagten vielmehr noch weitere Konstellationen erfassen. Insofern ist allein maßgeblich, dass der Anfechtungsgegner hinsichtlich seines Erwerbs bereits zivilrechtlich keinen Vertrauensschutz genießt, sondern wie in § 143 Abs. 2 InsO zur Rückgewähr seines Erwerbs verpflichtet ist, so dass seine ohnehin schon bestehende Rück-

<sup>1194</sup> Siehe zur Unanfechtbarkeit objektiv existentieller Geschäfte bereits unter C.II.1)a)cc)(2)(b), Seite 182.

<sup>1195</sup> Vgl. bereits unter C.I.1)a)aa), Seite 134.

<sup>1196</sup> Vgl. bereits unter C.II.3)a)cc)(2)(a), Seite 264.

gewährpflicht mittels der Anfechtung nach § 134 InsO in der Sache nur noch eine Aufwertung durch die haftungsrechtliche Dogmatik erfährt.

Eine solche zivilrechtlich ohnehin schon bestehende Rückgewährpflicht besteht in den Fällen des rechtsgrundlosen Erwerbs.<sup>1197</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist der rechtsgrundlose Erwerb daher als unentgeltliche Leistung von § 134 InsO miterfasst.<sup>1198</sup> Dies ist im Ergebnis auch sachgerecht. Denn während es für den Gegner aufgrund der grundsätzlich identischen Rechtsfolgen gleichgültig ist, ob er nun bereicherungsrechtlich oder anfechtungsrechtlich zur Rückgewähr verpflichtet ist, wird auf diesem Wege allerdings das Bestehen einer anfechtungsrechtlichen Schutzlücke verhindert. Diese Schutzlücke würde bestehen, weil der rechtsgrundlose Erwerb von den §§ 130 bis 132 InsO wie gesehen nicht erfasst werden könnte,<sup>1199</sup> so dass ohne die Anwendbarkeit von § 134 InsO nur noch die Vorsatzanfechtung in Betracht käme.

Schließlich lässt sich die Ausweitung auf einen rechtsgrundlosen Erwerb auch mit dem Begriff der Unentgeltlichkeit zwanglos vereinbaren. Denn wer keinen Anspruch auf seinen Erwerb besitzt, muss für diesen auch keine Gegenleistung erbringen, so dass er den Erwerb letztlich unentgeltlich erhält.<sup>1200</sup>

Abzulehnen ist demgegenüber die insbesondere in der Rechtsprechung anzutreffende Ansicht, dass bereits eine erhebliche Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung eine Unentgeltlichkeit im Sinne des § 134 InsO begründen könne.<sup>1201</sup> Denn handelt es sich insofern mangels einer beidseitig gewollten Freigiebigkeit nicht schon um eine teilweise Schenkung, ist eine verlässliche Grenzziehung nicht möglich. Vielmehr ist der Erwerb in solchen Fällen zivilrechtlich beständig, so dass für die Widerlegung der Schutzwürdigkeit des Empfängers nach der Parallelwertung der Tatbestände dessen Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung erforderlich ist. Insbesondere die §§ 132, 133 InsO werden insofern in Betracht kommen.<sup>1202</sup>

## (2) Anfechtungsfrist zum Schutze des Rechtsfriedens

Weil § 134 InsO anders als die Tatbestände der Parallelwertung eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung nicht voraussetzt, ist die in ihm festgelegte Anfechtungsfrist nicht als „Verfallsdatum“ der Bösgläubigkeit zu verstehen. Stattdessen dient sie – vergleichbar einer Verjährungsfrist – nur noch dem Schutz des Rechtsfriedens und ist damit ebenfalls einer gewissen Willkürlichkeit nicht enthoben. Dabei entspricht es allerdings der dargestellten Anleihe beim Zivilrecht, dass die Anfechtungsfrist des § 134 InsO in auffälliger Nähe zur maximalen Frist der Regelverjährung im Zivilrecht steht. Denn die Regelverjährung endet gemäß § 195 BGB nach drei Jahren, beginnt jedoch gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Entstand der Anspruch bereits mit Jahresbeginn, vergeht im Maximalfall also noch ein ganzes weiteres Jahr, ehe die Verjährungsfrist erst zu laufen beginnt, so dass die effektive Frist der Regelverjährung maximal vier Jahre beträgt. Eben dieser Zeitraum entspricht auch der Anfechtungsfrist des § 134 InsO und erscheint daher durchaus sachgerecht.

---

<sup>1197</sup> Vgl. insofern auch noch *Henckel*, ZIP 1990, 137, 138.

<sup>1198</sup> Ebenso für die Zahlung auf eine Nichtschuld, BGH, NZI 2011, 107 Rn. 12 (allerdings bei bestehender Einrede aus § 814 BGB). Einschränkend hingegen Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 134 Rn. 48. Ablehnend *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.92, sowie *Henckel*, aaO, welcher meint, angesichts der bereicherungsrechtlichen Rückgewährpflicht sei eine Anfechtung nicht mehr erforderlich.

<sup>1199</sup> Siehe bereits unter C.II.1)b)aa)(2)(b), Seite 216.

<sup>1200</sup> Dem entspricht es, dass auch im Rahmen des § 988 BGB der rechtsgrundlose Besitzer einem unentgeltlichen Besitzer gleichgestellt wird, vgl. nur Palandt/*Bassenge*, BGB, § 988 Rn. 3 und 6.

<sup>1201</sup> Siehe bereits unter B.IV.2)b)cc), Seite 98 f.

<sup>1202</sup> Im Ergebnis ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 21.93; *Henckel*, ZIP 1990, 137, 139.

**bb) Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO)**

Schließlich ist die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen gemäß § 135 InsO anfechtbar, ohne dass es dazu auf die Kenntnis des Gesellschafters von der Gläubigerbenachteiligung ankommt. Dabei enthält auch dieser Tatbestand nach der hiesigen Konzeption keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit. Werden die Gläubiger gemäß § 129 Abs. 1 InsO benachteiligt, hat § 135 InsO wie die anderen Tatbestände vielmehr nur noch die einschränkende Funktion, die Interessen des Rechtsverkehrs angemessen zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang spielen nach hier vertretener Auffassung vor allem die Voraussetzungen eines Verkehrsgeschäfts sowie die besondere gesellschaftsrechtliche Verantwortung des darlehensgebenden Gesellschafters eine Rolle.

**(1) Kein Verkehrsschutz bei fehlendem Verkehrsgeschäft**

Der den Anfechtungstatbeständen immanente Gedanke des Verkehrsschutzes wird von vornherein obsolet, wenn es sich bei der anzufechtenden Rechtshandlung schon nicht um ein Verkehrsgeschäft handelt. Denn in diesem Sinne ist auch zivilrechtlich etwa im Rahmen der §§ 932, 892 BGB anerkannt, dass nur Verkehrsgeschäfte aufgrund der Gutgläubigkeit des anderen Teils geschützt werden können.<sup>1203</sup> Ein solches Verkehrsgeschäft erfordert allerdings, dass auf Erwerberseite zumindest eine andere Person vorhanden ist als auf Seiten des Verfügenden.<sup>1204</sup> Hingegen mangelt es an einem Verkehrsgeschäft, wenn der Erwerber in irgendeiner Weise, sei es auch nur wirtschaftlich, der Veräußererseite angehört.<sup>1205</sup>

**(a) Maßstab der Beteiligung des Gesellschafters**

Bei einer strengen Anwendung dieser Kriterien dürfte eine Vermögensverschiebung, welche eine Gesellschaft allein zugunsten einer ihrer Gesellschafter vornimmt, nicht mehr als Verkehrsgeschäft anzusehen sein, weil auf Erwerberseite neben diesem Gesellschafter keine weiteren Personen stehen.<sup>1206</sup> Denn der erwerbende Gesellschafter gehört als Teilhaber an der veräußernden Gesellschaft eigentlich der Veräußererseite an. In der Konsequenz müsste ein Verkehrsgeschäft stets ausscheiden, selbst wenn es sich um eine Vermögensverschiebung einer Publikumsgesellschaft an ihren Kleinaktionär handelte.<sup>1207</sup> Um ein solches Ergebnis zum Schutze des einfachen Gesellschafters jedoch zu verhindern, nimmt die herrschende Meinung im Zivilrecht wertende Einschränkungen vor. Danach soll ein schützenswertes Verkehrsgeschäft zumindest dann noch angenommen werden können, wenn der Gesellschafter an der Gesellschaft nicht mehrheitlich beteiligt ist.<sup>1208</sup> In diesen Fällen soll aus Gründen der Rechtssicherheit ein Gutglaubensschutz weiterhin möglich sein.

Es entspricht einer Übertragung dieser Einschränkung in das Insolvenzanfechtungsrecht, dass der Schutz des einfachen Gesellschafters auch anfechtungsrechtlich grundsätzlich noch anerkannt wird. Denn ansonsten würde es eines Abstellens auf die Bösgläubigkeit des Gesellschafters durch die in den §§ 130 Abs. 3, 138 Abs. 2 Nr. 1 InsO geregelte Beweislastumkehr nicht mehr bedürfen. Gleichwohl ist nicht zu verkennen, dass Vermögensverschiebungen ei-

<sup>1203</sup> BGH, NJW 2007, 3204 Rn. 22; MüKo/Kohler, BGB, § 892 Rn. 33; Staudinger/Gursky, BGB, § 892 Rn. 96 ff.; Staudinger/Wiegand, BGB, vor § 932 Rn 42 ff.; BeckOK/Kindl, BGB, § 932 Rn. 3.

<sup>1204</sup> BGH, aaO; MüKo/Kohler, aaO; Staudinger/Gursky, BGB, § 892 Rn. 102.

<sup>1205</sup> MüKo/Kohler, aaO; Staudinger/Gursky, BGB, § 892 Rn. 105; vgl. auch BeckOK/Kindl, aaO.

<sup>1206</sup> So in der Tat und letztlich nur konsequent Wolff/Raiser, Sachenrecht, S. 144. Streng auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, S. 235, der für das Fehlen eines Verkehrsgeschäfts keine beherrschende Stellung des Gesellschafters voraussetzt.

<sup>1207</sup> Staudinger/Gursky, BGB, § 892 Rn. 110, der dies aber zutreffend nicht für sachgerecht hält.

<sup>1208</sup> In diesem Sinne Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer, GmbHG, § 13 Rn. 16; MüKo/Kohler, BGB, § 892 Rn. 38; Scholz/Emmerich, GmbHG (10. Aufl. 2006), § 13 Rn. 74a; Flume, BGB AT I 2, S. 7. Eine vollständige Personenidentität für den Ausschluss eines Verkehrsgeschäfts fordern in dem Zusammenhang gar Jauernig/Berger, BGB, § 892 Rn. 10; Staudinger/Gursky, aaO; Scholz/Bitter, GmbHG, § 13 Rn. 79.

ner Gesellschaft an ihre Gesellschafter allenfalls im Grenzbereich des Verkehrsgeschäfts liegen und das Erreichen dieser Grenze insbesondere davon abhängt, wie stark der Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt ist.<sup>1209</sup>

**(b) Besondere Verantwortung des darlehensgebenden Gesellschafters**

Eben diese Beteiligungsgrenze ist nach der hier vertretenen Auffassung allerdings überschritten, wenn der Vorgang die Rückgewähr von jenen Vermögenswerten betrifft, welche der Gesellschafter zuvor in Form von Darlehen in die Gesellschaft investiert hatte. Denn dieses Kapital wurde vom Gesellschafter nicht etwa als außenstehender Teilnehmer am Rechtsverkehr, sondern durch seine Gesellschafterstellung gerade mit der Aussicht auf eine übermäßige Teilhabe an den Gewinnen der Gesellschaft gewährt.<sup>1210</sup> Jedenfalls bezüglich der Darlehenssumme fällt daher die Beteiligung des darlehensgebenden Gesellschafters an der Gesellschaft besonders ins Gewicht, so dass der Gesellschafter in Höhe des Darlehens so nah an die Gesellschaft herantritt, dass er zumindest insoweit als der Gesellschaft wirtschaftlich angehörig anzusehen ist.<sup>1211</sup> In der Folge mangelt es an einem schützenswerten Verkehrsgeschäft.

Dabei entspricht es einer solchen Zuordnung des darlehensgebenden Gesellschafters zur Gesellschaft, wenn verbreitet aus der gesteigerten Gewinnaussicht des Gesellschafters zu Recht gefolgert wird, dass den Gesellschafter auf der Kehrseite eine gesellschaftsrechtliche Verantwortung für die Übernahme zusätzlicher Risiken treffen müsse.<sup>1212</sup> Denn soweit der Gesellschafter bezüglich der Darlehenssumme als der Gesellschaft angehörig anzusehen ist, kann er wie diese nicht nur von den damit einhergehenden Gewinnaussichten profitieren, sondern muss er auch für die Verlustrisiken eintreten.<sup>1213</sup> Es erscheint deshalb durchaus sachgerecht, diese Wertung entsprechend einer neueren Ansicht als »Risikübernahme-« oder »Investitionsverantwortung« des darlehensgebenden Gesellschafters zu bezeichnen.<sup>1214</sup>

Allerdings ist diese besondere Stellung des darlehensgebenden Gesellschafters nach der hier vertretenen Konzeption dogmatisch keineswegs mit dem Rechtfertigungsgrund der Anfechtung nach § 135 InsO zu verwechseln. Vielmehr führt sie nur noch dazu, dass bei einer Darlehensrückgewähr mangels eines Verkehrsgeschäfts ein einschränkender Verkehrsschutz nicht mehr in Betracht kommt, so dass die Rückgewähr bereits anfechtbar ist, wenn und weil sie die Gläubiger der Gesellschaft gemäß § 129 InsO benachteiligt. Entsprechend des Wortlauts des § 135 InsO ist es im Weiteren folglich auch unerheblich, ob die vorherige Darlehensgewährung im Sinne einer »Finanzierungsfolgenverantwortung« zum Zeitpunkt der »Krise« der Gesellschaft erfolgte.<sup>1215</sup> Insbesondere ist ein Rückgriff auf eine unwiderlegliche Vermutung dieser Krise entgegen der wohl herrschenden Meinung nicht erforderlich und erschiene angesichts der Länge der Fristen des § 135 InsO – die bis zu zehn Jahre laufen können – zudem wenig plausibel.

---

<sup>1209</sup> Darauf abstellend auch Scholz/Emmerich, aaO.

<sup>1210</sup> Vgl. nur Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, § 135 Rn. 15; Krolop, GmbHR 2009, 397, 399; Tillmann, GmbHR 2006, 1289, 1290 f.

<sup>1211</sup> Ähnlich auch K. Schmidt, ZIP 2006, 1934, nach dem es § 135 InsO in der Grundwertung allein darum gehe, dass der Gesellschafter »näher dran« sei; ebenso Noack, DB 2007, 1395, 1398. Vgl. zudem Krolop, GmbHR 2009, 397, 398, der darauf hinweist, dass dem reformierten § 135 InsO offenbar der Gedanke einer »besonderen Nähe zur Gesellschaft« zugrunde liege.

<sup>1212</sup> Nerlich/Römermann/Nerlich, aaO; Krolop, GmbHR 2009, 397, 399. Insoweit auch Thole, Gläubigerschutz, S. 393.

<sup>1213</sup> Siehe insbesondere Krolop, aaO, der auf die ansonsten bestehenden *moral hazard*-Gefahren hinweist.

<sup>1214</sup> Nerlich/Römermann/Nerlich, aaO; Krolop, GmbHR 2009, 397, 400. Siehe auch schon unter B.IV.2)c)bb), Seite 104.

<sup>1215</sup> Siehe dazu bereits unter B.IV.2)c)aa), Seite 104 f.

**(2) Anfechtungsfristen gemäß der Fortwirkung der Verantwortung**

Stattdessen lässt sich die Länge der Anfechtungsfristen mit der fortwirkenden Investitionsverantwortung erklären. Eine solche Fortwirkung besteht zumindest dann, wenn die Darlehenssumme von der Gesellschaft noch nicht zurückgefordert wurde, so dass die Gesellschaft mit dem entsprechenden Betrag noch weiterwirtschaften kann. Es ist daher nur konsequent, wenn bloße Sicherungen des Darlehensrückgewähranspruchs gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO einer außerordentlich langen Anfechtungsfrist von zehn Jahren unterliegen. Denn allein durch die Sicherung des Rückgewähranspruchs kann die Investitionsverantwortung des Gesellschafters noch nicht enden, weil die Darlehenssumme der Gesellschaft weiterhin zur Verfügung gestellt wird. Dass hier vom Gesetzgeber überhaupt eine Anfechtungsfrist festgelegt wurde, ist somit lediglich mit dem Schutz des Rechtsfriedens zu begründen.

Wurde das Darlehen hingegen von der Gesellschaft tatsächlich zurückgewährt, endet die Investition des Gesellschafters, so dass eine Fortwirkung seiner Verantwortung nur noch im Sinne einer begrenzten Nachhaftung bestehen kann. Diese nachwirkende Verantwortung begründet sich darin, dass die Gesellschaft die Darlehenssumme typischerweise im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Aktivitäten einsetzen wird. Wurden die Gelder in diesen Aktivitäten aber verloren, kann der Entzug der Darlehenssumme die Gesellschaft vor Liquiditätsproblemen stellen, welche wiederum bis zur Insolvenz der Gesellschaft führen können. Auf dieses Risiko hat der darlehensgebende Gesellschafter als Veranlasser und potentieller Nutznießer der wirtschaftlichen Aktivitäten der Gesellschaft Rücksicht zu nehmen und steht er insofern in der Verantwortung. Tritt nun innerhalb eines Jahres nach der Darlehensrückgewähr die Insolvenz der Gesellschaft tatsächlich ein, wird ein Zusammenhang mit dem Abzug des Gesellschafterdarlehens vom Gesetzgeber unwiderleglich vermutet, so dass die Rückgewähr gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar ist.

**c) Zwischenfazit**

Insgesamt kann hinsichtlich der Ebene der Anfechtungstatbestände festgehalten werden, dass sich auch in den Einzelheiten ein in sich abgestimmtes Gesamtsystem der Tatbestände entwickeln lässt. Dazu ist es allerdings erforderlich, die Anfechtungstatbestände von allen über den Schutz des Rechtsverkehrs hinausgehenden Überlegungen zu entbinden. Reduziert man in diesem Sinne die Bedeutung der Tatbestände auf die gemeinsame Aufgabe, die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu widerlegen, konnte herausgestellt werden, dass die Tatbestände zu diesem Zweck zwei übergreifende Wertungsstränge beinhalten. Der erste Strang besteht mit den §§ 130 bis 133 InsO in der Parallelwertung der Kenntnis des Gegners von der späteren Gläubigerbenachteiligung, wohingegen über den zweiten Strang der §§ 134, 135 InsO auch eine außerhalb der Bösgläubigkeit begründete Schutzlosigkeit des Gegners berücksichtigt wird.

Während die §§ 134, 135 InsO als Sonderfälle die Anfechtungsmöglichkeiten jedoch lediglich abrunden, indem sie die zivilrechtliche Schwäche des Erwerbs und die Investitionsverantwortung des Gesellschafters in das Anfechtungsrecht übertragen, stellt die Bösgläubigkeit des Gegners den anfechtungsspezifischen Kerngedanken der Tatbestände dar. Insofern hat sich gezeigt, dass der prognostische Charakter der anfechtungsrechtlichen Bösgläubigkeit aufgrund der möglichen Prognosespielräume die Tatbestände vor eine besondere Herausforderung stellt. Allerdings kann gerade die Bewältigung dieser Herausforderung die gesetzliche Ausgestaltung der §§ 130 bis 133 InsO sowohl erklären als auch einer in sich stimmigen Gesamtkonzeption zuführen, anhand welcher sich wiederum selbst im Einzelfall noch auf systematischem Wege interessengerechte Ergebnisse herbeiführen lassen.



In diesem Sinne wurde deutlich, dass die Tatbestände den möglichen Ungewissheiten einer prognostischen Einschätzung dadurch Rechnung tragen, dass sie die Bösgläubigkeit des Gegners nicht allein in der Art einer Generalklausel festlegen, sondern in den §§ 130 bis 133 InsO einen ausdifferenzierten normativen Korridor spannen, innerhalb welchem – abhängig von den jeweiligen objektiven Umständen – die subjektive Beurteilung des Gegners als Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung zu werten ist. Trotz ihrer unterschiedlichen Merkmale führt dieser gemeinsame Leitgedanke der Tatbestände zwischen ihren Anwendungsbereichen zu einem nahtlosen Übergang und lässt dadurch den Grundgedanken der Parallelwertung erkennen, wonach ein zu pessimistischer Gegner für seine Vorsicht nicht bestraft und wiederum ein zu optimistischer Gegner für seine Blauäugigkeit nicht belohnt werden soll.

Zur Sicherstellung von Einzelfallgerechtigkeit hat sich schließlich gezeigt, dass sich diese Parallelwertung der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners unter Berücksichtigung von dessen Handlungsoptionen noch problemlos verfeinern lässt. Insofern besteht bei Bargeschäften für den Gegner die Möglichkeit, die tatbestandliche Wertung durch die Erbringung einer gleichwertigen Gegenleistung zu negieren und sich somit einem Anfechtungsrisiko zu entziehen, während anderenfalls der Gegner vor diesem Risiko gerade wegen seiner Bösgläubigkeit gewarnt ist und somit grundsätzlich stets die Alternative besitzt, die Annahme seines Erwerbs schlicht zu verweigern. Steht im Einzelfall eine solche Annahmeverweigerung allerdings im Konflikt mit zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten, wird durch den rein prognostischen Charakter der Tatbestände wiederum begründbar, dass ihr Appell in einer aktuellen Konfliktsituation mit dem Zivilrecht strukturell zurücktreten muss. Kann sich der Gegner zivilrechtlich nicht auf Verweigerungsrechte berufen, wird er somit trotz seiner Bösgläubigkeit vor dem unzumutbaren Dilemma bewahrt, das Anfechtungsrisiko nur gegen zivilrechtlich negative Konsequenzen eintauschen zu können.

### **III. Gesamtfazit zum Diskussionsvorschlag**

Zum Schluss der Arbeit bleibt zu konstatieren, dass sich die Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung bei einer entsprechenden Auslegung in eine in sich abgestimmte Systematik bringen lassen, welche die legitimen Interessen der Beteiligten in einer strukturierten Weise auf drei getrennten Ebenen berücksichtigt. Auf diesem Wege wird die Entwicklung eines allgemeinen Lösungsschemas ermöglicht, welches das Verständnis des Anfechtungsrechts als »typisches Fallrecht« überwindet. Während es dazu zwar erforderlich ist, sich von einer Reihe von traditionellen Gewissheiten im Anfechtungsrecht konsequent zu lösen, hat sich allerdings ebenso gezeigt, dass die an ihre Stelle tretenden alternativen Lösungsansätze keineswegs von Grund auf neu sind, sondern vielmehr nur die Dogmatik und Wertungen des allgemeinen Zivilrechts übertragen und somit auf friktionslose Weise die Herbeiführung von interessengerechten Ergebnissen gewährleisten. Insofern basiert der hier unterbreitete Diskussionsvorschlag im Wesentlichen auf den folgenden drei Gedankenschritten:

#### **1) Die Gläubigerbenachteiligung als normativer Rechtfertigungsgrund**

Im ersten Schritt ist es für die Entwicklung eines in sich abgestimmten Gesamtsystems notwendig, das Gläubigeranfechtungsrecht auf eine einheitliche sowie inhaltlich greifbare Wertungsgrundlage zu stellen, die zum Schutz der Gläubiger eine Einschränkung der Verfügungsmacht über das Schuldnervermögen rechtfertigen kann. In diesem Sinne richtet sich die besondere Schutzbedürftigkeit der Gläubiger jedoch weder danach, ob sie untereinander gleichbehandelt werden oder ob das Verhalten des Schuldners in irgendeiner Weise unbillig ist. Vielmehr wird sie bei genauerer Betrachtung durch die besondere Art der Forderung begründet, die den Gläubigern zusteht. Denn werden durch das Gläubigeranfechtungsrecht allein Geldforderungen geschützt, bilden gerade diese eine offene Flanke im zivilrechtlichen Haftungssystem, weil die Vereitlung ihrer Erfüllung durch eine alternative Rückfallhaftung des Schuldners nicht mehr kompensiert werden kann. Stattdessen sind Geldforderung rechtstheoretisch unverletzlich, so dass die rechtspraktische Aufrechterhaltung eben dieser zivilrechtlichen Sonderstellung dem Gläubigeranfechtungsrecht seine Rechtfertigung verleiht.

Dieser Rechtfertigungsgrund erfährt in den Anfechtungsvoraussetzungen durch eine präzise Handhabung des Begriffs der Gläubigerbenachteiligung aus § 129 Abs. 1 InsO und § 1 Abs. 1 AnfG seine Verkörperung. In diesem Sinne ist die Gläubigerbenachteiligung auf die Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs im Vollstreckungsverfahren zu reduzieren, weil erst in der Vollstreckung tatsächlich festgestellt werden kann, dass eine Geldforderung rechtspraktisch nicht mehr durchsetzbar ist. Vorgelagerte Aspekte wie die Belastung des Schuldnervermögens, die unmittelbare Nachteile einer Rechtshandlung oder Bargeschäfte, treffen hierzu hingegen noch keine abschließende Aussage und sind deshalb vom Begriff der Gläubigerbenachteiligung dogmatisch strikt zu trennen.

Dabei ist diese Präzisierung des Begriffsverständnisses für die hier vertretene Anfechtungssystematik grundlegend. Denn einerseits entsteht erst dadurch in Form der Gläubigerbenachteiligung ein tatbestandsübergreifender Rechtfertigungsgrund, der für die konkretisierende Auslegung der Anfechtungstatbestände die Herleitung eines gemeinsamen Orientierungspunktes ermöglicht. Andererseits wird hiermit aber auch erst der nötige Freiraum geschaffen, innerhalb welchem ein gemeinsames dogmatisches Fundament der Tatbestände entwickelt werden kann.

#### **2) Die Rechtshandlung als dogmatischer Unterbau**

Insofern hat insbesondere die Loslösung der Vermögensbelastung vom Begriff der Gläubigerbenachteiligung zur Konsequenz, dass die Vermögensbelastung stattdessen bereits dem Begriff der Rechtshandlung aus §§ 129 InsO, 1 AnfG zugeordnet werden kann. Deshalb ist es

in einem zweiten Schritt möglich, den Begriff der Rechtshandlung als eine spezifisch anfechtungsrechtliche Zurechnungsproblematik mit inhaltlichen Kriterien zu entwickeln. In der Folge ist die Rechtshandlung nicht auf die formal-natürliche Handlung beschränkt, sondern vielmehr in einem materiell-wertenden Sinne zu verstehen. Hierdurch entsteht innerhalb der Rechtshandlung ein dogmatischer Unterbau der Tatbestände, welcher ein erhebliches Regelungspotential eröffnet, indem insbesondere schutzzweckgeleitete Erwägungen über die allgemeine Dogmatik eines Zurechnungszusammenhangs ermöglicht werden. Während sich diese wertenden Betrachtungen wiederum anerkannter juristischer Methodik bedienen können, so dass sie sich von reiner Kasuistik abheben, entscheiden sie zugleich bereits über das Vorliegen einer Rechtshandlung gemäß §§ 129 InsO, 1 AnfG, so dass sie in der Anfechtungssystematik noch vor den Tatbeständen die erste wichtige Weichenstellung vornehmen können.

In diesem Sinne lassen sich auf systematischem Wege die Grundlinien einer potentiellen Anfechtbarkeit anhand allgemeiner Zurechnungskriterien vor allem in gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Zweifelsfällen bereits vorzeichnen. Dabei ist für das Vorliegen einer Rechtshandlung ausschlaggebend, ob die Belastung des Schuldnervermögens dem infrage stehenden Verhalten subjektiv wie objektiv zurechenbar ist, das heißt subjektiv in den Verantwortungsbereich des Handelnden fällt und dabei objektiv mit dessen Handlung in einem Kausal- und Risikozusammenhang steht. Diese Zurechnungskriterien sind anfechtungsspezifisch zu handhaben, das heißt entsprechend des Schutzzwecks des Anfechtungsrechts, aufgrund der rechtstheoretischen Unverletzlichkeit von Geldforderungen zumindest die finanzielle Haftung des Schuldners rechtspraktisch aufrechtzuerhalten.

In der Folge kann eine anfechtbare Rechtshandlung zwar nicht schon von jedermann vorgenommen werden, da abgesehen von wenigen Sonderfällen allein der Schuldner selbst für die Aufrechterhaltung seiner finanziellen Haftung subjektiv verantwortlich ist. Weil sich allerdings die Reichweite jeder Rechtshandlung anhand eines objektiven Zurechnungszusammenhangs bemisst, können die erfassten Rechtswirkungen einerseits erstreckt werden, so dass sich auch mittelbare Auswirkungen in die Rechtshandlung miteinbeziehen lassen, wenn sich in diesen ein für die Gläubiger relevantes Risiko noch realisiert. Andererseits ist einschränkend jedoch ebenso zu berücksichtigen, dass eine Zurechnung stets ausgeschlossen sein muss, wenn die Gläubiger am Ausbleiben der Handlung von vornherein kein objektiv schützenswertes Interesse haben. In diesem Sinne können Handlungen des Schuldners, welche für diesen eine höchstpersönliche oder existentielle Bedeutung besitzen, ein relevantes Risiko bereits von vornherein nicht beinhalten, so dass es an einem objektiven Zurechnungszusammenhang fehlt und eine Anfechtung daher schon mangels einer Rechtshandlung ausscheiden muss.

### **3) Die Anfechtungstatbestände als Verkehrsschutz**

Diese dogmatische Aufwertung des Begriffs der Rechtshandlung hat zur Konsequenz, dass die von der Rechtshandlung bereits geregelten Problemstellungen durch die anschließenden Anfechtungstatbestände nicht mehr berücksichtigt werden müssen, so dass zur Lösung dieser Fälle die Tatbestände auch keiner korrigierenden Auslegung mehr bedürfen. Darüber hinaus führt die Präzisierung des Begriffs der Gläubigerbenachteiligung dazu, dass der Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit bereits vor die Klammer der Tatbestände gezogen ist, so dass auch dieser in den einzelnen Tatbeständen nicht mehr gesucht werden muss. Deshalb wird es in einem dritten Schritt schließlich möglich, die Anfechtungstatbestände in ihren Wertungen ganz erheblich zu verschlanken. Insofern sind die Tatbestände auf den Schutz der Interessen zu reduzieren, die von den §§ 129 InsO, 1 AnfG noch nicht berücksichtigt werden: das heißt, die des Rechtsverkehrs in Person des Anfechtungsgegners. In der Folge haben die Tatbestände also nur noch die gemeinsame Aufgabe, die Schutzwürdigkeit des Anfechtungsgegners zu widerlegen. Dazu können sie jedoch auf die etablierten Verkehrsschutzerwägungen des Zivilrechts zurückgreifen.

Insofern besteht im Zivilrecht das allgemeine Rechtsprinzip, dass der Empfänger eines Vermögenswertes nicht mehr schutzwürdig ist, wenn er beim Erhalt seines Erwerbs bösgläubig war, weil er den Grund seiner Rückgewährpflicht bereits kannte. Durch das Verständnis der Gläubigerbenachteiligung als Rechtfertigungsgrund der Anfechtbarkeit, lassen sich die meisten Anfechtungstatbestände auf eben diese Wertung der Bösgläubigkeit zurückführen. Denn aufgrund der begrifflichen Präzisierung der Gläubigerbenachteiligung im Sinne der §§ 129 InsO, 1 AnfG, bildet diese zum Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung stets ein noch zukünftiges Ereignis, so dass die anfechtungsrechtliche Bösgläubigkeit tatsächlich nie mehr als eine Prognose darstellt. Weil in der Folge für den Gegner verschiedene Spielräume bei der Vornahme seiner subjektiven Prognose bestehen können, lassen sich die ausdifferenzierten Regelungen der Tatbestände jedoch gerade als eine bloße Reaktion auf eben diese Prognose-spielräume interpretieren. Insofern legen die Tatbestände einen normativen Korridor fest, innerhalb dem die subjektive Einschätzung des Gegners als Gut- oder Bösgläubigkeit anzuerkennen ist.

Soweit die Tatbestände dabei auf die Bevorzugung eines Einzelgläubigers oder die vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung durch den Schuldner abstellen, handelt es sich diesbezüglich weder um eine Durchsetzung der *par conditio creditorum*, noch um die Sanktionierung eines Fehlverhaltens des Schuldners. Stattdessen stellen dies lediglich Umstände dar, unter denen der Anfechtungsgegner mit einer späteren Gläubigerbenachteiligung rechnen muss und er deshalb bösgläubig ist. Entsprechendes gilt auch hinsichtlich solcher Rechtshandlungen, welche eine ausgleichende Gegenleistung selbst noch nicht enthalten und die daher unmittelbar nachteilig sind. Weil solchen Handlungen die objektive Gefahr einer Gläubigerbenachteiligung innewohnt, ist ein zum Zeitpunkt der Krise des Schuldners gleichwohl bestehender Optimismus des Anfechtungsgegners normativ unbeachtlich. Umgekehrt führt allerings die tatsächliche Erbringung einer ausgleichenden Gegenleistung im Rahmen eines Bargeschäfts dazu, dass der Optimismus des Gegners normativ wieder anzuerkennen ist.

Darüber hinaus lassen sich zur Sicherstellung einer Einzelfallgerechtigkeit die zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten des Anfechtungsgegners über das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal eines Annahmeverschuldens in die Parallelwertung der Bösgläubigkeit zwanglos einfügen. Denn während die Bösgläubigkeit zugleich den Appell an den Anfechtungsgegner beinhaltet die Annahme einer gläubigerbenachteiligenden Vermögensverschiebung zu verweigern, muss dieser Appell aufgrund des rein prognostischen Charakters der Bösgläubigkeit strukturell zurücktreten, wenn eine Annahmeverweigerung im Konflikt stünde mit den aktuell bestehenden zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten des Anfechtungsgegners. Jedoch können dabei die Wertungen des Zivilrechts im Sinne einer Gegenausnahme über die analoge Anwendung von zivilrechtlichen Annahme- und Leistungsverweigerungsrechten auch insofern fruchtbar gemacht werden.

Doch selbst außerhalb der Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners knüpfen die Tatbestände zur Widerlegung seiner Schutzwürdigkeit lediglich an zivilrechtlich bereits bekannte Wertungen an. Denn während unentgeltliche Leistungen unabhängig vom Kenntnisstand des Anfechtungsgegners einer Anfechtbarkeit unterliegen, handelt es sich dabei um eine Übertragung der allgemeinen zivilrechtlichen Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs, wohingegen die Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen bereits kein Verkehrsgeschäft darstellt, so dass es auf die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners nicht mehr ankommen kann. Insgesamt fügen sich die Tatbestände und das Gläubigeranfechtungsrecht als Ganzes somit nahtlos in die Wertungen des Zivilrechts ein und sind daher wie dieses einer dogmatisch-systematischen Lösungsfindung zugänglich.



## D. Zusammenfassung

In der folgenden Zusammenfassung der Ergebnisse sollen noch einmal die Kernthesen kurz und prägnant formuliert werden, auf denen die hier vorgeschlagene Systematik der Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung fußt. Abschließend soll anhand schematischer Übersichten die hier vorgeschlagene Systematik auch bildlich veranschaulicht werden.

### I. 50 Thesen des Diskussionsvorschlags

1. Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung sind einer dogmatisch-systematischen Handhabung zugänglich. Insbesondere stellt das Gläubigeranfechtungsrecht kein »typisches Fallrecht« dar, bei dem Lösungen mangels eines abgestimmten Gesamtsystems auf den Einzelfall geschoben werden müssten.
2. Das Gläubigeranfechtungsrecht basiert auf einem einheitlichen Rechtfertigungsgrund, nämlich der rechtspraktischen Aufrechterhaltung der rechtstheoretischen Unverletzlichkeit von Geldforderungen aufgrund der Prämisse »Geld muss man haben«. Dieser Rechtfertigungsgrund gilt sowohl für die Insolvenzanfechtung als auch für die Einzelanfechtung.
3. Der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung sowie ein Fehlverhalten des Schuldners haben keine normative Bedeutung im Rahmen einer Gläubigeranfechtung.
4. Das Vorliegen einer Rechtshandlung sowie jenes einer Gläubigerbenachteiligung sind von den nachgelagerten Anfechtungstatbeständen dogmatisch streng zu trennen. Alle drei Aspekte stellen eigenständige Ebenen des Gläubigeranfechtungsrechts dar.
5. Die Rechtshandlung eröffnet auf der ersten Ebene den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des Gläubigeranfechtungsrechts.
6. Für das Vorliegen einer Rechtshandlung stellt die Belastung des Schuldnervermögens eine zentrale Voraussetzung dar. Die Vermögensbelastung ist insbesondere nicht mit dem nachgelagerten Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung zu vermengen.
7. Der Begriff der Rechtshandlung ist inhaltlich entsprechend einer spezifisch anfechtungsrechtlichen Zurechnungsproblematik zwischen dem jeweiligen Verhalten und dem vermögensbelastenden Vorgang zu strukturieren. Hierbei ist insbesondere auf Schutzzweckerwägungen zurückzugreifen.
8. Das Vorliegen einer Rechtshandlung setzt das Verhalten einer Person voraus, in deren subjektiven Verantwortungsbereich die konkrete Belastung des Schuldnervermögens fällt. Die Person des Handelnden ist insoweit nicht gleichgültig.
9. Der Schuldner ist für den ausreichenden Bestand seiner Haftungsmasse stets verantwortlich. Für die Erfüllung von Geldforderungen steht er garantieähnlich ein. Auf eine Unbilligkeit in seinem Verhalten kommt es hingegen nicht an.
10. Im Interesse einer effizienten Haftungsverwirklichung trifft die Gläubiger in der Insolvenz des Schuldners die subjektive Verantwortung, auf Einzelbeitreibungen zu verzichten. Verstöße können anfechtbare Rechtshandlungen begründen. Auf die Gleichbehandlung der Gläubiger kommt es hingegen nicht an.
11. Die objektive Reichweite der Rechtshandlung wird durch einen Risikozusammenhang zwischen dem Verhalten und der Belastung des Schuldnervermögens bestimmt. Anfechtungsgegner ist derjenige, in dessen Begünstigung sich das anfechtungsrechtlich relevante Risiko realisiert hat.
12. Bei mittelbaren Zuwendungen begründet der von Anfang an bestehende zielgerichtete Wille des Schuldners zur Begünstigung des mittelbaren Empfängers einen Risikozusammenhang. Es muss nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtung ausgewichen werden.

13. Bei mittelbaren Zuwendungen begründet ein mittelbarkeitsspezifischer Ausfall einen Risikozusammenhang zur Begünstigung der Mittelsperson. Darauf, ob die Mittelsperson bereichert wurde oder ob ein kollusives Zusammenwirken vorliegt, kommt es hingegen nicht an.
14. Bei mittelbaren Zuwendungen realisiert sich das Risiko der Belastung des Mittelsvermögens vorrangig in der Begünstigung des mittelbaren Empfängers. Den Schuldner trifft hingegen nur eine anweisungsspezifische Ausfallhaftung.
15. Bei mittelbaren Zuwendungen wird die Konkurrenz von Anfechtungsansprüchen innerhalb des Begriffs der Rechtshandlung durch die haftungsrechtliche Dogmatik geregelt. Deren Bedeutung ist nicht nur auf die Rechtsfolgenseite beschränkt.
16. Die Rechtshandlung wird immer dann im anfechtungsrechtlichen Sinne vorgenommen, wenn sich das Risiko der Belastung des Schuldnervermögens realisiert.
17. Eine Rechtshandlung scheidet aus bei Geschäften, welche für den Schuldner eine existentiell wichtige Bedeutung haben. Insofern realisiert sich in der Belastung des Schuldnervermögens bereits kein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko. Zur Begründung der Unanfechtbarkeit solcher Geschäfte bedarf es keines Bargeschäftsprivilegs.
18. Das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung verkörpert auf der zweiten Ebene des Gläubigeranfechtungsrechts den Rechtfertigungsgrund einer Anfechtung.
19. Die Gläubigerbenachteiligung liegt erst vor, wenn die Gläubiger in der Vollstreckung gegen den Schuldner einen finanziellen Ausfall erleiden. Die Belastung des Schuldnervermögens stellt hingegen nur eine notwendige Vorbedingung der Gläubigerbenachteiligung dar.
20. Zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Dieser fehlt, wenn die Vermögensbelastung unbeständig ist oder durch beständige, unmittelbare und gleichwertige Vorteile der Rechtshandlung ausgeglichen wird.
21. Zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung besteht stets eine zeitliche Distanz. Die Gläubigerbenachteiligung ist deshalb naturgemäß »mittelbar«.
22. Die »unmittelbare« Nachteiligkeit einer Rechtshandlung bildet ein spezifisches Merkmal der nachgelagerten Anfechtungstatbestände und ist dogmatisch streng zu unterscheiden von der Gläubigerbenachteiligung als allgemeiner Anfechtungsvoraussetzung. Es besteht kein gemeinsamer Oberbegriff.
23. Die Anfechtungstatbestände stellen die dritte Ebene des Gläubigeranfechtungsrechts dar und sichern einen angemessenen Verkehrsschutz. Eine andere Aufgabe kommt den Tatbeständen hingegen nicht zu.
24. Im Regelfall beinhalten die Anfechtungstatbestände die Parallelwertung der normativen Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung. Diese Bösgläubigkeit des Gegners zu bestimmen ist ihre gemeinsame Aufgabe.
25. Die Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung erfordert zum Zeitpunkt der Rechtshandlung stets eine subjektive Prognose des Anfechtungsgegners. Eine positive Kenntnis liegt vor, wenn der Gegner die Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung nicht mehr in Frage stellt.
26. Die Anfechtungstatbestände der Parallelwertung bestimmen einen normativen Korridor, innerhalb welchem die subjektive Prognose eine anfechtungsrechtliche Bedeutung erlangen kann. Der pessimistische Anfechtungsgegner soll nicht unangemessen belastet, der optimistische Gegner wiederum nicht unangemessen geschützt werden.
27. Die Grenzen des normativen Korridors werden von den Anfechtungstatbeständen der Parallelwertung sowohl aus einer Sicht ex ante, als auch aus einer Sicht ex post bestimmt. Beide Perspektiven stehen in einem direkten Wechselspiel.
28. Hinsichtlich einer Sicht ex ante sind die Umstände relevant, welche bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vorlagen. Zur Ermittlung der Bösgläubigkeit des Anfech-

- tungsgegners erfolgt anhand dieser Umstände eine normative Korrektur seiner subjektiven Prognose.
29. Pessimistische Prognosen begründen die Bösgläubigkeit erst, wenn sie durch die Umstände objektiv untermauert werden. Allein die subjektive Vorhersehung einer Gläubigerbenachteiligung ist hingegen als überschießende Vorsicht für eine Bösgläubigkeit noch nicht ausreichend.
  30. Optimistische Prognosen stehen einer Bösgläubigkeit nicht mehr entgegen, wenn sie durch die Umstände objektiv entkräftet werden. Insofern wird das übermäßige Vertrauen auf ein Ausbleiben der Gläubigerbenachteiligung aufgrund der Umstände normativ nicht anerkannt.
  31. Hinsichtlich einer Sicht ex post besteht eine Frist, nach dessen Ablauf die ex ante bestehende Bösgläubigkeit normativ wieder unbeachtlich wird. Im Sinne eines Verfallsdatums wird die Validität der Bösgläubigkeit durch Zeitablauf nachträglich widerlegt.
  32. Bei optimistischen Prognosen ist das Verfallsdatum der Bösgläubigkeit erreicht, wenn der objektiv zeitnah zu erwartende Insolvenzantrag tatsächlich ausgeblieben ist. Insofern kommt es zu einer „Korrektur der Korrektur“ der optimistischen Prognose.
  33. Bei pessimistischen Prognosen ist das Verfallsdatum der Bösgläubigkeit erreicht, wenn sich die subjektive Vorhersehung der Gläubigerbenachteiligung trotz der objektiven Untermauerung ex post als Spekulation darstellt. Dies ist abhängig vom Grad der ex ante bestehenden objektiven Gewissheit.
  34. Der Tatbestand der Vorsatzanfechtung enthält in Absatz 1 Satz 1 eine Teilhabe am Wissensvorsprung des Schuldners. Bei dieser besteht über den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung die größtmögliche Gewissheit. Auf eine Unbilligkeit im Schuldnerverhalten kommt es hingegen nicht an.
  35. Der Tatbestand der Vorsatzanfechtung enthält in Absatz 1 Satz 2 eine Generalklausel, anhand derer die Bösgläubigkeit bei pessimistischen Prognosen im Einzelfall flexibel gehandhabt werden kann. Der Vorsatz des Schuldners zur Gläubigerbenachteiligung wird unwiderleglich vermutet.
  36. Der Tatbestand der Deckungsanfechtung enthält durch die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers zugleich Umstände, von denen zwingend auf die Benachteiligung der übrigen Gläubiger geschlossen werden muss. Ein gegenteiliges Vertrauen ist nicht anerkennenswert. Auf eine Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung kommt es hingegen nicht an.
  37. Die Inkongruenz einer Deckung besteht erst, wenn das Abweichen vom Anspruchsinhalt eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners objektiv nahelegt. Dabei ist für den erforderlichen Verdachtsgrad der Inkongruenz auf die Vergleichsumstände in Paralleltatbeständen abzustellen. Der Verdachtsgrad kann je nach Tatbestand zwischen einer drohenden Zahlungsunfähigkeit und einem zwingenden Schluss auf die bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit variieren.
  38. Die unmittelbare Nachteiligkeit einer Rechtshandlung bemisst sich allein nach dem Inhalt der Rechtshandlung selbst. Insofern ist ein negativer Vermögenssaldo erforderlich. Durch die unmittelbare Nachteiligkeit wird die allgemeine Anfechtungsvoraussetzung einer Gläubigerbenachteiligung objektiv wahrscheinlicher, ohne dass letztere allerdings bereits eintritt.
  39. Der Tatbestand der unmittelbar nachteiligen Rechtshandlungen enthält einen Aufangstatbestand, mit dem eine optimistische Prognose des Anfechtungsgegners korrigiert werden kann. Seine Absätze 1 und 2 bilden einen Gesamtatbestand.
  40. Das Bargeschäftsprivileg ist der Ebene der Anfechtungstatbestände zuzuordnen. Durch ein Bargeschäft wird die allgemeine Anfechtungsvoraussetzung einer Gläubigerbenachteiligung objektiv unwahrscheinlicher, ohne dass letztere bereits entfällt.



41. Das Vorliegen eines Bargeschäfts rechtfertigt die Anerkennung einer optimistischen Prognose des Anfechtungsgegners. Insofern werden Tatbestände, die eine optimistische Prognose korrigieren, im Sinne einer „Korrektur der Korrektur“ wieder negiert. Eine Anfechtung ist nur noch bei einer pessimistischen Prognose oder bei Sonderwertungen möglich.
42. Die Anfechtungstatbestände der Parallelwertung implizieren ein Annahmeverschulden des Anfechtungsgegners. Aufgrund seiner Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung fordern die Tatbestände den Gegner zugleich dazu auf, die Annahme seines Erwerbs zu verweigern.
43. Das Vorliegen eines Annahmeverschuldens begründet auf der Rechtsfolgenseite ein überschießendes Verlustrisiko. Der Anfechtungsgegners ist unabhängig vom Fortbestand seiner Begünstigung rückgewährpflichtig.
44. Steht eine Annahmeverweigerung im Konflikt mit den zivilrechtlichen Pflichten und Obliegenheiten des Anfechtungsgegners, tritt der Appell zur Annahmeverweigerung aufgrund des nur prognostischen Charakters der Bösgläubigkeit strukturell zurück. Die Annahme ist dem Gegner daher trotz Bösgläubigkeit anfechtungsrechtlich nicht vorwerfbar; das Vorliegen eines Annahmeverschuldens stellt somit ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal dar.
45. In einer analogen Anwendung der §§ 297, 321 BGB sind Verweigerungsrechte begründbar, die einen Konflikt mit dem Zivilrecht verhindern. Ihr Bestehen führt zu einer Feinsteuerung der Anfechtungsmöglichkeiten im Einzelfall.
46. Außerhalb der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist die anspruchsgemäße Erfüllung einer Forderung stets anfechtungsfest. Der Anfechtungsgegners soll diese gemäß §§ 294, 297 BGB nicht ablehnen; es fehlt an einem Annahmeverschulden.
47. Bei Nebenpflichten zur Annahme oder Erbringung einer nicht anspruchsgemäßen Leistung, steht dem bösgläubigen Anfechtungsgegners ein Verweigerungsrecht gemäß § 321 BGB analog zu.
48. Einer Bösgläubigkeit und eines Annahmeverschuldens des Anfechtungsgegners bedarf es auf Tatbestandsebene ausnahmsweise nicht, wenn er im Vertrauen auf seinen Erwerb ohnehin nicht schutzwürdig ist. Dies richtet sich nach Sonderwertungen, welche durch Sondertatbestände in das Gläubigeranfechtungsrecht übertragen werden.
49. Der Tatbestand der unentgeltlichen Leistung unterwirft einen zivilrechtlich nicht geschützten Erwerb einer anfechtungsrechtlichen Rückabwicklung. Er erfasst neben zivilrechtlichen Schenkungen auch den rechtsgrundlosen Erwerb.
50. Der Tatbestand der Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen bezieht sich in der Sache auf ein fehlendes Verkehrsgeschäft und verwirklicht dabei die besondere gesellschaftsrechtliche Investitionsverantwortung des darlehensgebenden Gesellschafters.

## II. Schematische Übersicht der Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung

I. Rechtshandlung		
<b>1. Belastung des Schuldnervermögens</b> (+) wenn Aktivmasse verringert oder Passivmasse vermehrt		
<b>2. Verhalten eines subjektiv Verantwortlichen</b> (+) wenn Verhalten des Schuldners (+) wenn Forderungsbeitreibung durch Insolvenzgläubiger (+) wenn Beitreibung eines Gesellschafterdarlehens durch Gesellschafter		
<b>3. Objektiver Zurechnungszusammenhang</b> a. <i>Kausalzusammenhang</i> (+) wenn Vermögensbelastung ohne Verhalten nicht eingetreten wäre b. <i>Risikozusammenhang</i> (+) wenn sich in Vermögensbelastung ein anfechtungsrechtlich relevantes Risiko realisiert (-) wenn höchstpersönliche Handlung des Schuldners (-) wenn existentielles Geschäft des Schuldners		
<b>4. Einbeziehung der Begünstigung eines Drittvermögens</b> (+) wenn sich in Drittbegünstigung zugleich das Risiko der Vermögensbelastung realisiert <i>Zweipersonenverhältnis</i> (+) wenn Drittbegünstigung nicht nur Zwischenerwerb einer mittelbaren Zuwendung <i>Dreipersonenverhältnis der mittelbaren Zuwendung</i> (+) wenn vorgefasster Plan zur Drittbegünstigung (+) wenn mittelbarkeits- oder anweisungsspezifischer Ausfall durch Drittbegünstigung		
<b>5. Zeitpunkt der Vornahme</b> (+) wenn Realisierung des Risikos einer Vermögensbelastung		
II. Gläubigerbenachteiligung		
<b>1. Finanzieller Ausfall im Vollstreckungsverfahren</b> (+) wenn Geldforderung nicht vollständig befriedigt		
<b>2. Kausalzusammenhang zur Rechtshandlung</b> (+) wenn Geldforderung ohne Rechtshandlung höher befriedigt worden wäre (-) wenn unbeständige Vermögensbelastung (-) wenn Vermögensbelastung ausgeglichen wurde durch beständigen, unmittelbaren und gleichwertigen Vorteil		
III. Anfechtungstatbestand (vgl. im Näheren nächstes Schema)		
<b>1. Parallelwertung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung</b> a. <i>Pessimistische Prognose</i> (+) wenn Möglichkeit außer Frage b. <i>Bestätigung durch Untermuerung</i> (+) wenn Kenntnis von drohender Zahlungsunfähigkeit	a. <i>Optimistische Prognose</i> (+) wenn Möglichkeit in Zweifel gezogen b. <i>Korrektur durch Entkräftung</i> (+) wenn Kenntnis von beständiger, unmittelbar nachteiliger Rechtshandlung zum Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit	<b>Sonderwertungen</b> a. <i>Kein Vertrauensschutz</i> (+) wenn unentgeltlicher Erwerb (+) wenn Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen
c. <i>Korrektur durch Fristen</i> (+) wenn Prognose durch Zeitablauf nur noch Spekulation	c. <i>„Korrektur der Korrektur“ durch</i> - <i>Fristen</i> (+) wenn Insolvenzverfahren nicht zeitnah eröffnet wird - <i>oder Bargeschäft</i> (+) wenn für Leistung unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung	b. <i>Frist zum Schutze des Rechtsfriedens</i>
<b>2. Annahmeverschulden</b> (+) wenn Annahmeverweigerung nicht im Konflikt mit zivilrechtl. Pflichten oder Obliegenheiten		

### III. Schematische Übersicht der Systematik der Anfechtungstatbestände am Beispiel der Insolvenzanfechtung

Zivilrecht	Tatbestände des Insolvenzanfechtungsrechts								Sonderwertungen	
sittenwidrige Schädigung der Gläubiger	Parallelwertung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Gläubigerbenachteiligung								Zivilrechtlich schwacher Er- werb	Investitionsver- antwortung
	pessimistische Prognose				optimistische Prognose					
	normative Korrektur ex ante durch die Umstände der Anfechtungstatbestände									
	Fremdprognose	eigene Prognose des Anfechtungsgegners								
§ 826 BGB	§ 133 I 1	§ 133 II	§ 133 I 2	§ 131 I Nr.3	§ 132 I, II	§ 130 I	§ 131 I Nr.2	§ 131 I Nr.1	§ 134	§ 135
Vorsatz des Schuldners zur Gläubigerbenachteiligung		entgeltlicher Vertrag und unmittelbare Nachteiligkeit	Kenntnis von der Benachteiligung der Gläubiger		beständige Rechtshandlung und unmittelbare Nachteiligkeit	Deckung einer Forderung			Unentgeltliche Leistung	Rückgewähr von Gesellschafter- darlehen
<i>und</i>		<i>und</i>		<i>oder</i>		<i>und</i>				
Kenntnis des Gegners vom Vorsatz des Schuldners		nahestehende Person		§ 131 II: Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Benachteiligung der Gläubiger schließen lassen	Zahlungsunfähigkeit des Schuldners					
<i>und</i>						<i>und</i>				
kollusives Zusammenwirken					Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners			„starke“ Inkongruenz der Deckung		
						<i>oder</i>		„mittlere“ Inkongruenz der Deckung		
					§§ 132 III, 130 II: Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen					
		§ 292 ZPO durch	Untermauerung der Kenntnis durch		§ 142: „Korrektur der Korrektur“ der Unkenntnis durch					
		kein Fall des § 133 I 1	drohende Zahlungsunfähigkeit		unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung					
		<i>und</i>	<i>und</i>		<i>und</i>					
		kein Fall des § 133 I 2	Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit	„leichte“ Inkongruenz der Deckung	objektive und subjektive Gegenseitigkeit					
Verjährung	normative Korrektur ex post durch die Fristen der Anfechtungstatbestände								Frist zum Schutze des Rechtsfriedens	
Max. 30 Jahre	10 Jahre	2 Jahre	flexibel	3 Monate	3 Monate	3 Monate	3 Monate	1 Monat	4 Jahre	Max. 10 Jahre
	Parallelwertung des Annahmeverschuldens des Anfechtungsgegners									

## E. Literaturverzeichnis

- Altmeppen, H. (2008). Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Praxis. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 3601-3607.
- Andres, Dirk; Leithaus, Rolf; Dahl, Michael (Hrsg.). (3. Auflage 2014). *Insolvenzordnung (InsO) - Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag.
- Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen Köln (Hrsg.). (2. Auflage 2000). *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*. Münster: LexisNexis Deutschland.
- Bamberger, Heinz Georg; Roth, Herbert (Hrsg.). (35. Edition 2015). *Beck'scher Online-Kommentar - BGB*. München: C.H. Beck.
- Bassenge, P., Bruder Müller, G., Ellenberger, J., Götz, I., Grüneberg, C., Sprau, H., et al. (2014). *Palandt - Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C.H. Beck Verlag.
- Bayer, W., Hommelhoff, P., Kleindiek, D., & Lutter, M. (18. Auflage 2012). *GmbH-Gesetz - Kommentar*. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.
- Berger, C. (2008). Haftungsrechtliche Verteilungsprinzipien an der Schnittstelle von Einzelvollstreckung und Insolvenz. *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)* 121. Band, S. 407-426.
- Berges, A. M. (1957). Die rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs. *Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS)*, S. 49-58.
- Berges, A. M. (1961). Die Anfechtung mittelbarer Zuwendungen im Konkurs. *Konkurs-Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS)*, S. 65-72.
- Binder, J.-H. (2012). *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Birnbreier, F. (2012). Verspätete Gehaltszahlungen für vorhergehende drei Monate stellt Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO dar. *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, S. 22.
- Bitter, G. (2010). Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG (§ 135 Abs. 3 InsO). *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1-15.
- Bitter, G., Crezelius, G., Emmerich, V., Priester, H.-J., Rönna, T., Schmidt, K., et al. (2012). *Scholz - Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*. Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.
- Bork, R. (2003). Kontokorrentverrechnungen und Bargeschäft. In W. Gerhardt, H. Haarmeyer, G. Kreft, & (Hrsg.), *Insolvenzrecht im Wandel der Zeit - Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag* (S. 57-72). Bonn: ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis.
- Bork, R. (2004). Die Renaissance des § 133 InsO. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1684-1993.
- Bork, R. (2007). Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts zugunsten des Insolvenzrechts? *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, S. 250-270.

- Bork, R. (2008). Grundtendenzen des Insolvenzanfechtungsrechts. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1041-1049.
- Bork, R. (2014). Anfechtung als Kernstück der Gläubigergleichbehandlung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, S. 797-810.
- Bork, R. (7. Auflage 2014). *Einführung in das Insolvenzrecht*. München: C.H. Beck.
- Bork, R., & Gehrlein, M. (11. Auflage 2009). *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum.
- Bork, Reinhard (Hrsg.). (2006). *Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts*. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum.
- Bork, Reinhard; Schäfer, Carsten (Hrsg.). (2. Auflage 2012). *GmbHG - Kommentar*. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum.
- Braun, Eberhard (Hrsg.). (6. Auflage 2014). *Insolvenzordnung (InsO) - Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag.
- Brehm, W. (2002). Der Bereicherungsanspruch im Insolvenzverfahren - Gedanken zum Gleichbehandlungsgrundsatz. In D.-A. (. Simotta, *Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts - Vergangenheit, Gegenwart und Perspektiven - Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag* (S. 15-29). Wien: LexisNexis Verlag.
- Breutigam, A., & Tanz, M. (1998). Einzelprobleme des neuen Insolvenzanfechtungsrechts. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 717-725.
- Brinkmann, G., & Luttmann, M. (2007). Anfechtbarkeit von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen trotz fehlender Schuldnerhandlung analog § 133 Abs. 1 InsO? *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzanfechtungsrecht (ZInsO)*, S. 565-569.
- Brinkmann, M. (125. Band 2012). Die Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern - Reflexionen über ein juristisches Lehrstück in drei Akten. *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, S. 197-216.
- Burchard, A.-K. (2009). *Die Insolvenzanfechtung im Dreieck*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Dahl, M., & Schmitz, J. (2009). Eigenkapitalersatz nach dem MoMiG aus insolvenzrechtlicher Sicht. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, S. 325-331.
- Dauernheim, J. (1999). *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*. Neuwied, Kriftel: Hermann Luchterhand Verlag.
- Eckardt, D. (1999). Die Ausübung von Mobiliarsicherheiten in der Unternehmenskrise. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1734-1744.
- Eckardt, D. (1999). Kreditsicherung versus Insolvenzanfechtung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1417-1426.
- Ede, C. (2012). Die Vorsatzanfechtung gegenüber dem uneigennütigen Leistungsmittler. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1541-1546.
- Eidenmüller, H. (2. Auflage 1998). *Effizienz als Rechtsprinzip*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Enzenhofer, S. (2013). Anmerkung zur Entscheidung des BGH Urt. v. 24. 1. 2013 – IX ZR 11/12. *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (NZI)*, S. 251-253.
- Eser, Albin (Gesamtredaktion). (29. Auflage 2014). *Schönke/Schröder - Strafgesetzbuch*. München: C.H. Beck Verlag.
- Ferran, E. (2008). *Principles of Corporate Finance Law*. New York: Oxford University Press.
- Fischer, G. (2004). Der maßgebliche Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1679-1684.
- Fischer, G. (2008). Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 588-594.
- Fischer, M. (2002). *Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Flessner, A. (1982). *Sanierung und Reorganisation*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Fletcher, I. F. (4. Auflage 2009). *The Law of Insolvency*. London: Sweet & Maxwell.
- Flöther, L. F. (2012). Die aktuelle Reform des Insolvenzrechts durch das ESUG - Mehr Schein als Sein? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1833-1842.
- Flume, W. (1983). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - Erster Band - Zweiter Teil - Die juristische Person*. Berlin Heidelberg New York Tokyo: Springer Verlag.
- Foerste, U. (2006). Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 6-10.
- Foerste, U. (2013). Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung - ein rechtsstaatliches Problem. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 897-902.
- Ganter, H. G. (2012). Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 33. Jahrgang, 2037-2045.
- Ganter, H. G. (2015). Zum Begriff der "Unentgeltlichkeit" nach § 134 InsO in Zwei-Personen-Verhältnissen. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 249-258.
- Gaul, H. F., Schilken, E., & Becker-Eberhard, E. (12. Auflage 2010). *Zwangsvollstreckungsrecht*. München: C.H. Beck.
- Gerhardt, W. (1969). *Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co.
- Gerhardt, W. (1977). Insolvenzverfahren und Einzelvollstreckung - Die Wirksamkeit von Vollstreckungsakten während eines Sequestrationsverfahrens, zugleich unter dem Aspekt von Anfechtbarkeit und Rückschlagssperre. In W. Uhlenbruck, B. Klasmeyer, & B. M. Kübler, *Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977* (S. 111-137). Köln: Carl Heymanns Verlag KG.
- Gerhardt, W. (1985). Zur Reform des Insolvenzrechts: das Anfechtungsrecht im Konkurs. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 582-592.

- Gerhardt, W. (1996). Gereimtes und Ungereimtes im Anfechtungsrecht der neuen Insolvenzordnung. In G. Pfeiffer, J. Kummer, & S. Scheuch, *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag* (S. 605-619). Köln: Dr. Otto Schmidt KG.
- Gerhardt, W. (2004). Der IX. Senat des BGH auf dem Weg zur haftungsrechtlichen Anfechtungstheorie oder: "Wertungsfrage" statt Dogmatik? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1675-1678.
- Goode, R. (4. Auflage 2011). *Principles of Corporate Insolvency Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Gottwald, Peter (Hrsg.). (5. Auflage 2015). *Insolvenzrechts-Handbuch*. München: C.H. Beck.
- Grogger, M. (2002). *Insolvenzgläubiger-Handbuch*. München: C.H. Beck.
- Gursky, K.-H. (2013). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 883-902*. Berlin: Sellier - de Gruyter.
- Gursky, K.-H., Pfeifer, A., & Wieland, W. (2004). *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 925-984*. Berlin: Sellier - de Gruyter.
- Haas, U. (2007). Das neue Kapitalersatzrecht nach dem RegE MoMiG. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 617-629.
- Habersack, M. (2007). Gesellschafterdarlehen nach MoMiG: Anwendungsbereich, Tatbestand und Rechtsfolgen der Neuregelung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 2145-2153.
- Hanisch, H. (1977). Zur Reformbedürftigkeit des Konkurs- und Vergleichsrechts. *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP) 90. Band*, S. 1-38.
- Häsemeyer, L. (1982). Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger. *Konkurs- Treuhand und Schiedsgerichtswesen (KTS)*, S. 507-575.
- Häsemeyer, L. (1994). Aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung zur Konkurs- und Einzelanfechtung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 418-424.
- Häsemeyer, L. (2007). Die Deckung einer Insolvenzforderung mittels geduldeter Kontenüberziehung benachteiligt die Insolvenzgläubiger! *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 423-431.
- Häsemeyer, L. (4. Auflage 2007). *Insolvenzrecht*. Köln / München: Carl Heymanns Verlag GmbH.
- Henckel, W. (1975). Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht. In E. Bökelmann, W. Henckel, G. Jahr, & (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag* (S. 237-252). Berlin - New York: Walter de Gruyter.
- Henckel, W. (1982). Die Gläubigeranfechtung - ein taugliches Mittel zur Beseitigung von Verkürzungen der Konkursmasse? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP)*, S. 391-399.
- Henckel, W. (1990). Zum Begriff der Unentgeltlichkeit und zu den subjektiven Voraussetzungen bei der Schenkungsanfechtung des Konkursverwalters. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 137-141.

- Henckel, W. (1992). Insolvenzrechtsreform zwischen Vollstreckungsrecht und Unternehmensrecht. In W. Gerhardt, W. Henckel, J. Kilger, & G. Kreft, *Festschrift für Franz Merz zum 65. Geburtstag* (S. 197-215). Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum.
- Henckel, W. (2004). Anfechtung der Tilgung fremder Schuld. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1671-1674.
- Henckel, W. (9. Auflage 1997). *Jaeger - Konkursordnung*. Berlin New York: Walter de Gruyter Verlag.
- Henckel, Wolfram; Gerhardt, Walter (Hrsg.). (2007). *Jaeger - Insolvenzordnung*. Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag.
- Henkel, A. (2009). Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht im Rahmen von § 135 Abs. 1 InsO. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1577-1580.
- Hirte, H. (2008). Die Neuregelung des Rechts der (früher: kapitalersetzenden) Gesellschafterdarlehen durch das "Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen" (MoMiG). *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)*, S. 1429-1435.
- Hirte, H. (2008). Neuregelungen mit Bezug zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz und im Insolvenzrecht durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG). *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 689-702.
- Hölzle, G. (2009). Gibt es noch eine Finanzierungsfolgenverantwortung im MoMiG? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1939-1948.
- Hölzle, G. (2010). Die Legitimation des Gesellschaftersonderopfers in der insolvenzrechtlichen Finanzierungsverstrickung. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 913-918.
- Huber, M. (10. Auflage 2006). *Anfechtungsgesetz*. München: C.H. Beck Verlag.
- Huber, M. (2007). Schon fehlgeschlagener Versuch eines Gesetzes zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 501-509.
- Huber, M. (2008). Konkurrierende Anfechtungsansprüche zu Gunsten verschiedener Insolvenzmassen im Dreiecksverhältnis oder: "Krieg der Insolvenzverwalter". *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (NZI)*, S. 149-151.
- Huber, M. (2010). Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis - vier Fallstudien für eine Erfolg versprechende Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters nach Tilgung einer fremden Schuld. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 977-985.
- Huber, M. (2013). Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1049-1056.
- Huber, U. (2007). Finanzierungsfolgenverantwortung de lege lata und de lege ferenda. In P. Hommerhoff, P. Rawert, K. Schmidt, & (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag* (S. 259-300). Köln: Dr. Otto Schmidt Verlag.



- Inzitari, B. (1998). Neue Widersprüche der Par Condicio Creditorum. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, S. 677-685.
- Jacobi, C. A. (2006). Die teleologische Reduktion des § 88 InsO und die Verfassungswidrigkeit der Einfügung des Satzes 2 zu § 131 Abs. 1 InsO. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 239-258.
- Jacobs, M., & Doebert, A. (2012). Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen in der Rechtsprechung des BAG - Anm. zu BAG Urt. v. 6.10.2011. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 618-627.
- Jacoby, F. (2005). Die Anfechtbarkeit von Deckungen durch Zwangsvollstreckung und auf Grund von Zwangsvollstreckungsdruck. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 371-401.
- Jacoby, F. (2009). Zur Bedeutung des § 133 InsO im System der Insolvenzanfechtungsgründe. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 3-25.
- Jaeger, E. (1. Auflage 1905). *Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses*. Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung.
- Jensen, T. (2011). Vollstreckt gnadenlos! *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 798-801.
- Jensen, T. (2013). "Stufenverhältnis" zwischen §§ 130, 131 InsO und § 133 InsO? *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 471-476.
- Jungclaus, M. (2008). Verhältnis von Deckungs- und Schenkungsanfechtung im Drei-Personen-Verhältnis. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 535-537.
- Jungclaus, M. (2014). Die Bestrafung des wachsamem Gläubigers - Eine Studie zur Überdehnung des in § 130 InsO gewährten Gutglaubensschutzes - zugleich ein Beitrag zur Debatte um die richtige Justierung des Verhältnisses von § 130 und § 133 I InsO. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 257-306.
- Kayser, G. (2008). Der Rechtsgedanke des Bargeschäfts - Ein Beitrag zu den Grenzen des Anwendungsbereichs des § 142 InsO. In H. G. Ganter, P. Gottwald, & H.-J. Lwowski, *Haftung und Insolvenz - Festschrift für Gero Fischer zum 65. Geburtstag* (S. 267-284). München: C.H. Beck.
- Kayser, G. (2014). Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 422-429.
- Kindl, J., Meller-Hannich, C., & Wolf, H.-J. (. (2. Auflage 2013). *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung (Hk-ZV)*. Nomos.
- Kirchhof, H.-P. (1. Auflage 2012). *Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz*. München: C.H. Beck.
- Kirchhof, H.-P. (2008). Fraudulös, betrügerlich, unlauter - Versuche zur Einschränkung des Vorsatzbegriffs im Sinne des § 133 InsO. In H. G. Ganter, P. Gottwald, & H.-J. Lwowski, *Haftung und Insolvenz - Festschrift für Gero Fischer zum 65. Geburtstag* (S. 285-295). München: C.H. Beck.

- Kirchhof, H-P; Eidenmüller, H.; Stürner, R. (Hrsg.). (3. Auflage 2013). *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. München: C.H. Beck.
- Klinck, F. (2011). *Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung - Gläubiger- und Vertrauensschutz im Übergang vom Prioritäts- zum Gleichbehandlungsgrundsatz*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter Verlag.
- Klinck, F., & Gärtner, M. (2008). Versetzt das MoMiG dem Cash-Pooling den Todesstoß? *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 457-461.
- Knospe, A. (2014). Scharfes Schwert oder harmlose Gerechtigkeitsregel? - Die insolvenzrechtliche Monstranz der Gläubigergleichbehandlung. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 861-876.
- Kodek, G. E. (September 2014). Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in vergleichender Perspektive - eine Skizze. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 215-255.
- König, B. (1985). *Die Anfechtung nach der Konkursordnung*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Kranzusch, P., & Icks, A. (2009). *Die Quoten der Insolvenzgläubiger im Regel- und Insolvenzplanverfahren*. Bonn: Institut für Mittelstandsforschung.
- Kreft, G. (2004). Zum Verhältnis von Judikative und Legislative am Beispiel des Insolvenzrechts. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 205-228.
- Kreft, Gerhardt (Hrsg.). (7. Auflage 2014). *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*. München: C.F. Müller Verlag.
- Krolop, K. (2009). Zur Anwendung der MoMiG-Regelungen zu Gesellschafterdarlehen auf gesellschaftsfremde Dritte - Von der Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters zur Risikoübernahmeverantwortung des Risikokapitalgebers? *GmbH Rundschau (GmbHR)*, S. 397-405.
- Kübler, Burno M.; Prütting, Hans; Bork, Reinhard (Hrsg.). (64. Ergänzungslieferung 2015). *InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung*. Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum.
- Kummer, Joachim; Schäfer, Berthold; Wagner, Eberhard (Hrsg.). (2. Auflage 2014). *Insolvenzanfechtung - Fallgruppenkommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Leipold, Dieter (Hrsg.). (1991). *Insolvenzrecht im Umbruch - Analysen und Alternativen*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag.
- Leonhardt, Peter; Smid, Stefan; Zeuner, Mark (Hrsg.). (3. Auflage 2010). *Insolvenzordnung (InsO) - Kommentar*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer.
- Lorenz, R. (1961). Anfechtbarkeit einer Aufrechnung gemäß § 30 Ziff. 2 KO im Anschlußkonkurs. *Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS)* 22. Band, S. 147-150.
- Lüke, W. (2001). Anfechtungsrechtliche Probleme bei Dreiecksverhältnissen am Beispiel der Erfüllung durch Dritte. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1-9.

- Lütcke, N. (2013). Vorsatzanfechtung - Andeutung einer Kurskorrektur durch den BGH? *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1984-1992.
- Lütcke, N. (2014). Insolvenzanfechtung von im Wege des Bargeschäfts erfolgten Lohnzahlungen. *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (NZI)*, S. 350-354.
- Lwowski, H.-J., & Wunderlich, N.-C. (2003). Neues zum Bargeschäft. In *Insolvenzrecht im Wandel der Zeit - Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag* (S. 301-319).
- Mallon, Christopher; Waisman, Shai Y. (Hrsg.). (2011). *The Law and Practice of Restructuring in the UK and US*. New York: Oxford University Press.
- Marotzke, W. (105. Band 1992). Die Anfechtbarkeit von Vollstreckungsmaßnahmen wegen Benachteiligung konkurrierender Gläubiger. *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)*, S. 451-456.
- Marotzke, W. (1987). Rechtsprobleme des Gläubigerzugriffs auf anfechtbar zederte Forderungen des Schuldners. *Konkurs- Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS)*, S. 569-596.
- Marotzke, W. (2006). Ketzerisches aus der ersten Instanz - Anm. zu AG Kerpen Urt. v. 8.11.2005 - 22 C 158/05. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 190-192.
- Marotzke, W. (2007). Die insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit von Zahlungen aus einem im Soll geführten Konto - Zugleich ein Plädoyer für einen normativen (Gläubiger-)Benachteiligungsbegriff. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, S. 897-908.
- Marotzke, W. (2008). Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse nach Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1281-1293.
- Marotzke, W. (2014). Formulierungsvorschläge für eine "kleine" Reform des Insolvenzanfechtungsrechts. *ZInsO - Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, S. 745-748.
- Marotzke, W. (2014). Vertrauensschutz kontra Gesamtgläubigerinteresse - Gedanken zu Auslegung und Reform des Insolvenzanfechtungsrechts. *ZInsO - Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, S. 417-445.
- Medicus, D. (1988). "Geld muss man haben" - Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel? *Archiv für die civilistische Praxis (AcP) Band 188*, S. 489-510.
- Mokal, R. J. (2001). Priority as pathology: the pari passu myth. *Cambridge Law Journal*, S. 581-621.
- Nerlich, Jörg; Römermann, Volker (Hrsg.). (28. Ergänzungslieferung 2015). *Insolvenzordnung (InsO) - Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag.
- Neyses, A. (2012). *Die Insolvenzanfechtung in Mehrpersonenverhältnissen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Noack, U. (2007). Der Regierungsentwurf des MoMiG - Die Reform des GmbH-Rechts geht in die Endrunde. *Der Betrieb*, S. 1395-1400.

- Pape, G., Uhlenbruck, W., & Voigt-Salus, J. (2. Auflage 2010). *Insolvenzrecht*. München: C.H.Beck.
- Paschen, L. (2014). Reform der Vorsatzanfechtung - die Wirtschaft bleibt bei der Forderung nach einer gesetzgeberischen Korrektur. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 2485-2487.
- Paulus, C. G. (2008). Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Vorschriften. In H. G. Ganter, P. Gottwald, H.-J. Lwowski, & (Hrsg.), *Haftung und Insolvenz - Festschrift für Gero Fischer zum 65. Geburtstag* (S. 445-458). München: C.H. Beck .
- Paulus, G. (1956). Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung. *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, Band 155, S. 277-374.
- Pentz, A. (2010). Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen. In P. Kindler, J. Koch, P. Ulmer, M. Winter, & (Hrsg.), *Festschrift für Uw Hüffer zum 70. Geburtstag*. 747-775.
- Plathner, J. M., & Sajogo, D. (2012). Trendwende bei Insolvenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 581-585.
- Pretz, A. (2010). Zum neuen Recht der Gesellschafterdarlehen. In P. Kindler, J. Koch, P. Ulmer, M. Winter, & (Hrsg.), *Festschrift für Uw Hüffer zum 70. Geburtstag*. 747-775.
- Prütting, H. (2005). Insolvenzanfechtung wegen Unentgeltlichkeit bei Erfüllungshandlungen. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 253-260.
- Rauscher, Thomas; Krüger, Wolfgang (Hrsg.). (4. Auflage 2013). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*. München: C.H. Beck Verlag.
- Rendels, D. (2004). Wann ist eine Vollstreckungshandlung als Rechtshandlung des Schuldners nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1289-1297.
- Reul, A., Heckschen, H., & Wienberg, R. (2012). *Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis*. München: C.H.Beck.
- Ries, S. (2007). Anfechtung der Zahlung von Arbeitslöhnen. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1037-1039.
- Röttger, A. (2013). *Die insolvenzanfechtungsrechtliche Rückabwicklung von Anweisungsleistungen*. Baden-Baden: Nomos-Verlagsgesellschaft.
- Rühle, T. (2009). Die Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter in Zeiten des MoMiG. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1358-1367.
- Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland (Hrsg.). (6. Auflage 2013). *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C.H. Beck Verlag.
- Schäfer, B. (2010). Eigenkapitalersatz nach "MoMiG" - was bleibt von der Finanzierungsfolgenverantwortung? *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1311-1314.

- Schmidt, Andreas (Hrsg.). (5. Auflage 2015). *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Schmidt, K. (1983). Das Insolvenzrisiko der Banken zwischen ökonomischer Vernunft und Rechtssicherheit - Bemerkungen zu einem Zielkonflikt in der bankrechtlichen Judikatur. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM)*, S. 490-495.
- Schmidt, K. (2006). Eigenkapitalersatz, oder: Gesetzesrecht versus Rechtsprechungsrecht? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1925-1934.
- Schmidt, K. (2009). Normzwecke und Zurechnungsfragen im Recht der Gesellschafter-Fremdfinanzierung - Grundfragen zur Neufassung der §§ 39, 135 InsO durch das MoMiG. *GmbHRundschau (GmbHR)*, S. 1009-1019.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.). (18. Auflage 2013). *Insolvenzordnung - InsO mit EuInsVO*. München: C.H. Beck.
- Schmidt-Räntsch, J. (1984). *Die Anknüpfung der Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses*. Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.
- Schoppmeyer, H. (2005). Besondere und allgemeine Insolvenzanfechtung am Beispiel der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, 185-194.
- Schoppmeyer, H. (2009). § 133 Abs. 1 InsO versus §§ 130, 131 InsO: Ist die Deckungsanfechtung nur ein Unterfall der Vorsatzanfechtung? *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 600-609.
- Schulze, Reiner (Schriftleitung). (8. Auflage 2014). *Bürgerliches Gesetzbuch - Handkommentar*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Seuffert, L. (1888). *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrecht*. Nördlingen: Verlag der C.H. Beck'schen Buchhandlung.
- Seuffert, L. (1899). *Deutsches Konkursprozeßrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot.
- Siemon, K. (2012). Das ESUG und § 270b InsO in der Anwendung. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (ZInsO)*, S. 1045-1053.
- Smid, S. (4. Auflage 2002). *Grundzüge des Insolvenzrechts*. München: C.H. Beck.
- Spellenberg, U. (1973). *Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff. KO)*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co.
- Spliedt, J. D. (2009). MoMiG in der Insolvenz - ein Sanierungsversuch. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 149-161.
- Stürner, R. (1986 Band 99). Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung. *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)*, S. 291-332.
- Stürner, Rolf (Hrsg.). (15. Auflage 2014). *Jauernig - Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar*. München: C.H. Beck Verlag.

- Thole, C. (2007). Die Vorsatzanfechtung als Instrument des Gläubigerschutzes - Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven nach "Inspire Art". *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 293-335.
- Thole, C. (2008). Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung. *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP) 121. Band*, S. 67-93.
- Thole, C. (2010). *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht - Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Thole, C. (2011). Grundfragen und aktuelle Problemstellungen der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen. *Zeitschrift für Insolvenzrecht (KTS)*, S. 219-238.
- Thole, C. (2013). Die Kritik an der Ausdehnung der Vorsatzanfechtung auf dem Prüfstand. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 2081-2088.
- Tillmann, T. (2006). Der Entwurf des "MoMiG" und die Auswirkungen auf die Gesellschafterfremdfinanzierung - Verstrickte und privilegierte Darlehen. *GmbH Rundschau (GmbHR)*, S. 1289-1295.
- Uhlenbruck, Wilhelm; Hirte, Heribert; Vallender, Heinz (Hrsg.). (14. Auflage 2015). *Insolvenzordnung - Kommentar*. München: Verlag Franz Vahlen.
- Vallender, H. (1997). Einzelzwangsvollstreckung im neuen Insolvenzrecht. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 1993-2002.
- Vollrath, R. (2011). Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen. *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, S. 1665-1675.
- Wazlawik, T. (2010). Dreiecksverhältnis und Doppelinsolvenz - Jeder gegen jeden? *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 881-888.
- Weber, F. (1959). Fragen der Gestaltung des Konkursverfahrens in rechtspolitischer und rechtsvergleichender Sicht. *Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (KTS) 20. Band*, S. 80-88.
- Wegener, B. (2010). Die Grundsätze der insolvenzrechtlichen Deckungs- und Vorsatzanfechtung am Beispiel der Insolvenz der Göttinger Gruppe. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 3607-3611.
- Wiedemann, H. (1980). *Gesellschaftsrecht - Band I - Grundlagen*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Wilk, H. (2008). Die Schenkungsanfechtung gem. § 134 InsO bei Tilgung oder Besicherung fremder Verbindlichkeiten. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 407-412.
- Wimmer, Klaus (Hrsg.). (8. Auflage 2015). *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*. Köln: Luchterhand Verlag.
- Wiringer-Seiler, U. (1988). *Das Anfechtungsrecht im Konkurs*. München: Verlag V. Florentz.
- Wittig, A. (2008). Die Bedeutung der "Schenkungsanfechtung" (§ 134 InsO) für das Kreditgeschäft. *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI)*, S. 606-613.

- Wolff, M., & Raiser, L. (1957). *Sachenrecht - Ein Lehrbuch*. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck).
- Wood, P. R. (2. Auflage 2007). *Principles of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell.
- Würdinger, M. (2012). *Insolvenzanfechtung im bargeldlosen Zahlungsverkehr*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Zeuner, M. (2. Auflage 2007). *Die Anfechtung in der Insolvenz*. München: C.H. Beck.