

BENEDICT KEBEKUS

# Die Gegenleistung in der Insolvenz

*Schriften zum  
Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*

94

---

**Mohr Siebeck**

# Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Jörn Axel Kämmerer, Karsten Schmidt und Rüdiger Veil

94





Benedict Kebekus

# Die Gegenleistung in der Insolvenz

Bewertung, Behandlung und Berücksichtigung im  
System von Insolvenzanfechtungsrecht und  
Zahlungsverbot der Geschäftsleiter

Mohr Siebeck

*Benedict Kebekus*, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften und Volkswirtschaftslehre in München und Kopenhagen; 2018 Erste Juristische Staatsprüfung; 2018 bis 2021 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilprozess- und Allgemeines Prozessrecht der Universität Hamburg; seit 2020 Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht; 2021 Promotion (Hamburg).  
orcid.org/0000-0001-9888-1376

ISBN 978-3-16-160973-2 / eISBN 978-3-16-160974-9  
DOI 10.1628/978-3-16-160974-9

ISSN 2193-7273 / eISSN 2569-4480  
(Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit greift die Frage der Abzugsfähigkeit zugeflossener Gegenleistungen im Bereich der Insolvenzanfechtung und der Geschäftsleiterhaftung wegen verbotener Zahlungen auf. Sie unterzieht die eng verwandten Institute einer eingehenden Untersuchung und hofft durch die aufgezeigten Verbindungslinien einen Beitrag zu der Diskussion zu leisten, die sich in Wissenschaft und Praxis um dieses Thema entfaltet. Die Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021, wenige Wochen nach der Neufassung der Zahlungsverbote in § 15b InsO, von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2021 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork. Er hat den Anstoß zu dieser Arbeit gegeben, sie betreut und meine Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl für Zivilprozess- und Allgemeines Prozessrecht durch seine offene und konstruktive Art maßgeblich geprägt. Auf die überaus schnelle Erstellung des Erstgutachtens folgte ebenso prompt das Zweitgutachten von Herrn Prof. Dr. Peter Mankowski. Auch ihm sei an dieser Stelle herzlich gedankt. Den Herausgebern Herrn Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt und Herrn Prof. Dr. Rüdiger Veil danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht.

Meinen ehemaligen Kollegen und Freunden vom Lehrstuhl bin ich dankbar für die vielen inspirierenden Gespräche zu unterschiedlichsten Themen, manch hilfreichen Denkanstoß und die gemeinsame Zeit, die mir in bester Erinnerung bleiben wird. Lili danke ich für ihre liebevolle Unterstützung und die vielen humorvollen wie abwechslungsreichen Stunden jenseits dieser Arbeit. Schließlich danke ich meinen Eltern und meiner Familie, die mich auf meinem bisherigen Weg bedingungslos unterstützt haben und mir ein steter Rückhalt waren. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Juli 2021

*Benedict Kebekus*



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
§1 Einleitung .....	1
<i>A. Anlass der Untersuchung</i> .....	3
<i>B. Vielzahl offener Fragen</i> .....	4
<i>C. Gang der Untersuchung</i> .....	4
§2 Die Gegenleistung im Insolvenzanfechtungsrecht .....	7
<i>A. Grundgedanken und System des Insolvenzanfechtungsrechts</i> .....	9
<i>B. Kompensation der Gläubigerbenachteiligung, §129 Abs. 1 InsO</i> .....	27
<i>C. Anforderungen an die Gegenleistung</i> .....	88
<i>D. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners –     System der §§143, 144 InsO</i> .....	145
<i>E. Zusammenfassung zu §2</i> .....	215
§3 Die Gegenleistung im Rahmen des Zahlungsverbots .....	217
<i>A. Grundlagen des Zahlungsverbots</i> .....	220
<i>B. Berücksichtigung von Gegenleistungen und Parallelen     zur Anfechtung</i> .....	232
<i>C. Verortung und Wirkung der ausgleichenden Gegenleistung</i> .....	283
<i>D. Gegenansprüche des Geschäftsleiters</i> .....	291
<i>E. Beweislastverteilung und Verjährung</i> .....	314
<i>F. Zusammenfassung zu §3</i> .....	318

§ 4 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	321
<i>A. Insolvenzanfechtungsrecht</i> .....	321
<i>B. Zahlungsverbot</i> .....	322
Literaturverzeichnis .....	325
Sachregister .....	349

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
§ 1 Einleitung .....	1
<i>A. Anlass der Untersuchung</i> .....	3
<i>B. Vielzahl offener Fragen</i> .....	4
<i>C. Gang der Untersuchung</i> .....	4
§ 2 Die Gegenleistung im Insolvenzanfechtungsrecht .....	7
<i>A. Grundgedanken und System des Insolvenzanfechtungsrechts</i> .....	9
I. Zweckpluralität der §§ 129 ff. InsO .....	9
1. Bestmögliche Haftungsverwirklichung und Massegenerierung .....	9
2. Erstreckung der §§ 81, 91 InsO auf die Krise des Schuldners .....	10
3. <i>Par conditio creditorum</i> als (unzureichender) Erklärungsansatz .....	10
4. Notwendige systematisierende Differenzierungen .....	12
II. Interessenausgleich und limitierendes Prinzip der Anfechtung .....	13
1. Bestandsinteresse als limitierendes Prinzip der Anfechtung .....	14
2. Subjektive Voraussetzungen und zeitliche Begrenzungen .....	14
3. Fokus auf den Leistungsaustausch – Bargeschäftsprivileg .....	15
4. Interessenabwägung als Charakteristikum des Anfechtungsrechts .....	16
III. Dogmatik des Anfechtungsanspruchs nach § 143 Abs. 1 InsO .....	17
1. § 143 Abs. 1 S. 1 InsO als Mittel zum Zweck .....	17
a) Wiederherstellung des früheren Vermögensbestands .....	17
b) Massemehrung vs. Massebereicherung .....	19
2. Bezüge zum allgemeinen Zivilrecht .....	20
a) Anfechtungsrecht als Bereicherungsrecht? .....	21
b) Anfechtungsrecht als Schadensrecht? .....	24
3. § 143 Abs. 1 InsO als Anspruch eigener Art .....	25
IV. Weichenstellung für die Behandlung der Gegenleistung .....	26

B. <i>Kompensation der Gläubigerbenachteiligung, §129 Abs. 1 InsO</i> . . . . .	27
I. Der Benachteiligungsbegriff . . . . .	28
1. Anfechtungsrechtliche Differenzhypothese und wirtschaftliche Betrachtung . . . . .	28
2. Spielarten der Gläubigerbenachteiligung . . . . .	30
a) Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung . . . . .	31
b) Mittelbare Gläubigerbenachteiligung . . . . .	31
3. Fehlen und Entfall der Gläubigerbenachteiligung . . . . .	32
4. Implikationen für die Behandlung der Gegenleistung . . . . .	33
II. Berücksichtigung der Gegenleistung auf Ebene des § 129 Abs. 1 InsO? . . .	34
1. Herrschende Ansicht . . . . .	35
2. Dogmatische Unklarheiten . . . . .	36
a) Grundsatz der Einzelbetrachtung . . . . .	37
b) Eingeschränkte Absage an die Vorteilsausgleichung . . . . .	38
aa) Der Biersteuerfall – BGH NZI 2009, 644 . . . . .	39
bb) Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Vorteilen . . . . .	39
c) Verortung der Gegenleistung . . . . .	42
aa) Die formalistische Sichtweise . . . . .	42
bb) Ausnahmsweise Verklammerung von Leistung und Gegenleistung . . . . .	45
d) Zwischenergebnis zu 2. . . . .	47
3. Systematische Einwände gegen Berücksichtigung i. R. d. § 129 Abs. 1 InsO . . . . .	48
a) Abgrenzung zum Bargeschäftsprivileg des § 142 Abs. 1 InsO . . . . .	48
aa) Meinungsstand . . . . .	49
bb) Eigenständige Anwendungsbereiche . . . . .	50
(1) Zur Feststellung der Gläubigerbenachteiligung i. R. d. § 129 Abs. 1 InsO . . . . .	51
(2) Reichweite des Bargeschäftsprivilegs . . . . .	52
(3) Schnittmenge und Unterschiede . . . . .	54
(4) Zum Verhältnis der §§ 129 Abs. 1, 142 Abs. 1, 133 Abs. 1 InsO . . . . .	55
cc) Zwischenergebnis zu a) . . . . .	56
b) Verhältnis zur rechtsfolgenseitigen Behandlung der Gegenleistung .	57
aa) Unterlaufen des § 144 InsO durch tatbestandliche Berücksichtigung? . . . . .	58
bb) Beweislasterwägungen . . . . .	59
c) Zwischenergebnis zu 3. . . . .	61
4. Ergebnis zu II. . . . .	61
III. Partiiell fehlender Ausgleich und Untergang der Gegenleistung . . . . .	62
1. Problemaufriss . . . . .	63
2. Einheitliche Anrechnungslösung im Schadens- und Bereicherungsrecht	64
3. Anrechnung der minderwertigen oder untergegangenen Gegenleistung?	66

a)	Wertdifferenzhaftung in der Rechtsprechung . . . . .	66
aa)	Anfechtung einer Honorarvereinbarung – BGHZ 77, 250 . . . . .	66
bb)	Revolvierende Gewährung von Gesellschafterdarlehen (Stackelkredit) . . . . .	67
cc)	Erneutes Ausreichen von Barmitteln durch Darlehensgeber . . . . .	70
b)	Rechtsfolgenseitige Beschränkung auf Leistungswertdifferenz (Häsemeyer) . . . . .	71
c)	Saldierung unter Berücksichtigung des Insolvenzrisikos (Bitter) . . . . .	72
4.	Stellungnahme . . . . .	73
a)	Rechtsfolgenseitige Rückgewähr anstelle tatbestandlicher Anrechnung . . . . .	74
aa)	Wortlaut des § 129 Abs. 1 InsO . . . . .	74
bb)	Gesetzessystematik . . . . .	75
(1)	Anwendungsbereich des § 144 InsO . . . . .	75
(2)	Keine Saldotheorie im Anfechtungsrecht . . . . .	76
(3)	Differenzierung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung . . . . .	77
(4)	Sonderstellung des Bargeschäftsprivilegs . . . . .	77
cc)	Präventions- und Wiederherstellungsfunktion des Anfechtungsrechts . . . . .	78
dd)	Zwischenergebnis zu a) . . . . .	79
b)	Sachgerechte Risikozuteilung? . . . . .	79
aa)	Asymmetrische Risikoverteilung der §§ 143, 144 InsO . . . . .	80
bb)	Trennung zwischen Insolvenz- und Entreicherungsrisiko . . . . .	81
cc)	Übergang der Entreicherungsgefahr mit Verfahrenseröffnung? . . . . .	83
dd)	Effiziente und interessengerechte Risikotragung . . . . .	83
(1)	Insolvenzbedingte Interessenverschiebung . . . . .	83
(2)	Interessenabwägung zwischen Gläubigersamtheit und Anfechtungsgegner . . . . .	84
(3)	Anreizstruktur des Anfechtungsrechts . . . . .	85
ee)	Abgrenzung zur Risikozuteilung i. R. d. § 15b InsO . . . . .	85
ff)	Problemfälle . . . . .	86
5.	Ergebnis zu III. . . . .	87
IV.	Ergebnis zu B. . . . .	87
C.	<i>Anforderungen an die Gegenleistung</i> . . . . .	88
I.	Bewertungskriterien bei § 129 Abs. 1 InsO und § 142 InsO . . . . .	88
1.	Verknüpfung mit der Schuldnerleistung . . . . .	89
2.	Zeitliche Abfolge des Leistungsaustauschs . . . . .	91
3.	Gleichwertigkeit – abschließend bei § 142 InsO, Indiz bei § 129 Abs. 1 InsO . . . . .	92
a)	Marktwertabgleich der jeweiligen Leistungen . . . . .	93
aa)	Berücksichtigung der Umstände des Leistungsaustauschs . . . . .	94
bb)	Krise des Schuldners . . . . .	94

b)	Nützlichkeit der Gegenleistung? . . . . .	96
aa)	Nützlichkeitskriterium i. R. d. Vorsatzanfechtung . . . . .	96
bb)	Zurückweisung durch Reform des Insolvenzanfechtungsrechts . . . . .	97
cc)	Stellungnahme . . . . .	98
4.	Gleichwertige Verwertbarkeit für Ausgleich der Gläubigerbenachteiligung . . . . .	100
a)	Abgrenzung zum Gleichwertigkeitskriterium des § 142 Abs. 1 InsO . . . . .	101
b)	Unverwertbarkeit zugeflossener (unpfändbarer) Gegenleistungen . . . . .	102
c)	Verwertbarkeit von Dienst- und Arbeitsleistungen? . . . . .	103
aa)	Weites Verständnis des Verwertbarkeitsbegriffs . . . . .	103
bb)	Beweislasterleichterung bei festgestellter Gleichwertigkeit . . . . .	104
cc)	Fortlaufender Vermögensverfall und mittelbare Benachteiligung . . . . .	105
d)	Erschwerte Verwertbarkeit . . . . .	106
e)	Zwischenergebnis zu 4. . . . .	107
5.	Endgültiger Zufluss der Gegenleistung? . . . . .	108
a)	Abgeschlossener Leistungsaustausch i. R. d. § 142 InsO . . . . .	108
b)	Vollwertige, fällige und durchsetzbare Forderung i. R. d. § 129 Abs. 1 InsO . . . . .	109
6.	Maßgeblicher Zeitpunkt des Ausgleichs . . . . .	110
7.	Ergebnis zu I. . . . .	111
II.	Perspektivwechsel bei der Unentgeltlichkeitsanfechtung nach § 134 InsO . . . . .	112
1.	Bestimmung der Unentgeltlichkeit der Schuldnerleistung . . . . .	113
a)	Problemfall inäquivalenter Leistungsaustausch . . . . .	114
b)	Meinungsstand . . . . .	115
aa)	Objektiver Maßstab in Literatur und früherer Rechtsprechung . . . . .	115
bb)	Subjektive Ausrichtung des § 134 InsO . . . . .	117
(1)	Rechtsgeschäftliches Unentgeltlichkeitsverständnis . . . . .	117
(2)	Freigiebigkeitswille als einschränkendes subjektives Merkmal . . . . .	118
cc)	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	119
(1)	Zunehmende Versubjektivierung anhand des Freigiebigkeitswillens . . . . .	119
(a)	Anteilskauf – BGH NZI 2017, 68 . . . . .	119
(b)	Bearbeitungsgebühren-Fall – BGHZ 214, 350 . . . . .	120
(c)	Minderjährige Treuhänderin – BGH NZI 2017, 854 . . . . .	122
(d)	Grundstückskauf – BGH NZG 2021, 81 . . . . .	123
(2)	Vorerst unverändert objektiver Maßstab im Dreipersonenverhältnis . . . . .	124
c)	Stellungnahme . . . . .	125
aa)	Wortlaut des § 134 InsO . . . . .	126
bb)	Wille des historischen Gesetzgebers . . . . .	127
cc)	Systematische Verortung des § 134 InsO im Insolvenzanfechtungsrecht . . . . .	128
(1)	Vertrauensschutz durch subjektive Anforderungen . . . . .	128

(2) Rechtsfolgenseitige Privilegierung des § 143 Abs. 2 S. 1 InsO .....	130
(3) Abgrenzung zu § 132 Abs. 1 InsO .....	130
dd) Telos und Abwägung der Unentgeltlichkeitsanfechtung .....	131
(1) Unzureichende Interessenabwägung der objektiven Ansicht? .....	131
(2) Vom Abfluss- zum Zuflussprinzip .....	131
(3) Resonanz in der Rechtsprechung .....	133
d) Zwischenergebnis zu 1. ....	134
2. Abweichende Bewertungskriterien .....	135
a) Identifizierung einer entgelttauglichen Gegenleistung .....	135
aa) Zuordnung anhand des Kausalverhältnisses .....	136
bb) Kausale oder konditionale Verknüpfung unter wirtschaftlichem Maßstab .....	137
cc) Gegenleistung im Dreipersonenverhältnis .....	138
(1) Herrschende Ansicht – Verlust einer vollwertigen Forderung .....	138
(2) Kritik. ....	139
(a) Maßgeblichkeit der Parteienabrede auch im Dreipersonenverhältnis .....	139
(b) Unbeachtlichkeit der Werthaltigkeit der erloschenen Forderung .....	140
b) Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung .....	142
aa) Objektive Gleichwertigkeitskontrolle mit Beurteilungsspielraum .....	142
bb) Maßgeblicher Bewertungszeitpunkt .....	142
c) Zwischenergebnis zu 2. ....	143
III. Ergebnis zu C. ....	144
<i>D. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners – System der §§143, 144 InsO .....</i>	145
I. Anspruch auf Herausgabe oder hilfswise Wertersatz, § 143 Abs. 1 InsO ..	146
1. Inhalt und System des § 143 Abs. 1 InsO .....	146
2. Anspruchsinhalt bei Anfechtung teilweise unentgeltlicher Leistungen .	148
a) Differenzierungen bei Unteilbarkeit der Schuldnerleistung .....	148
b) Stellungnahme .....	150
II. Gegenansprüche des Anfechtungsgegners, § 144 InsO .....	151
1. Herrschende Ansicht zur Handhabung des § 144 InsO .....	152
a) Begründungsansätze .....	153
aa) Rückgriff auf den Grundsatz der Einzelbetrachtung? .....	153
bb) Fortschreibung der §§ 38, 39 KO .....	154
b) Wertungswidersprüche .....	156
c) Zwischenergebnis zu 1. ....	159
2. Gegenstimmen in der Literatur .....	159

a)	Keine Privilegierung des vorleistenden Anfechtungsgegners . . . . .	160
b)	Umfassende Anwendung des § 144 Abs. 2 S. 1 InsO unter Berücksichtigung des übernommenen Insolvenzrisikos . . . . .	160
c)	Rücktritt des Anfechtungsgegners und Rückforderung der Gegenleistung . . . . .	161
d)	Stellungnahme . . . . .	162
3.	Eigener Ansatz: Zweckorientierte Auslegung des § 144 InsO . . . . .	163
a)	Ausfluss des Wiederherstellungsprinzips . . . . .	163
b)	Berücksichtigung des übernommenen Insolvenzrisikos . . . . .	164
c)	Ineinandergreifende Anwendung der Abs. 1 und 2 des § 144 InsO . . . . .	165
aa)	Isolierte Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts . . . . .	167
(1)	Vorleistung des Anfechtungsgegners . . . . .	167
(2)	Vorleistung des Schuldners oder Leistungsaustausch Zug um Zug . . . . .	167
(a)	Rückgewähr der wechselseitig erbrachten Leistungen . . . . .	168
(b)	Kumulatives Wiederaufleben der Erfüllungsforderungen . . . . .	170
(c)	Parallele zu § 103 InsO und Teilhabe am Insolvenzverfahren mit potentieller Nichterfüllungsforderung . . . . .	170
(aa)	Erfüllungswahlrecht nach Rückabwicklung des Leistungsaustauschs? . . . . .	171
(bb)	Insolvenzforderung auf unmittelbaren „Gewinn“ aus Leistungsaustausch . . . . .	174
(cc)	Ermittlung der Höhe der Nichterfüllungsforderung . . . . .	176
(dd)	Zwischenergebnis zu (c) . . . . .	178
(d)	Wahlrecht bei entreicherter Masse: § 144 Abs. 1 oder Abs. 2 S. 2 InsO? . . . . .	179
(3)	Zwischenergebnis zu aa) . . . . .	180
bb)	(Zusätzliche) Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts . . . . .	181
(1)	Ausschließliche Anwendung des § 144 Abs. 2 InsO . . . . .	182
(2)	Übernommenes Insolvenzrisiko – Vorleistungskriterium . . . . .	183
(a)	Herrschende Ansicht . . . . .	183
(b)	Gegenansicht . . . . .	184
(c)	Stellungnahme . . . . .	185
(aa)	Ergänzung der Deckungsanfechtung . . . . .	186
(bb)	Wertungszusammenhang des § 144 InsO . . . . .	187
(3)	Zwischenergebnis zu bb) . . . . .	189
d)	Zwischenergebnis zu 3. . . . .	189
4.	Voraussetzungen einer Rückgewähr der Gegenleistung . . . . .	191
a)	Umfang des Gegenleistungsbegriffs und der Erstattungspflicht . . . . .	192
b)	Kein Erstattungsanspruch bei nicht be- oder entreicherter Masse . . . . .	193
aa)	Fortlaufende Bereicherung der Masse . . . . .	194

(1) Gegenständliche Unterscheidbarkeit der Gegenleistung in der Masse . . . . .	194
(a) Bestandteil der freien Masse bei Rückgewähr des anfechtbar Erlangten . . . . .	194
(b) Surrogate . . . . .	195
(2) Wertmäßige Bereicherung der Masse . . . . .	196
(a) Geldgegenleistungen . . . . .	197
(aa) Fortlaufend verbliebenes Kontoguthaben bzw. Kassenbestand . . . . .	197
(bb) Partielle Entreicherung und anteilige Kürzung . . . . .	199
(b) Nicht-gegenständliche Dienst- und Arbeitsleistungen . . . . .	200
(3) Zwischenergebnis zu aa) . . . . .	201
bb) Begrenzte Risikotragung des Anfechtungsgegners . . . . .	202
(1) Gefährübergang auf die Masse . . . . .	203
(2) Bösgläubigkeit des Insolvenzverwalters . . . . .	205
c) Zwischenergebnis zu 4. . . . .	206
III. Anspruchsinhalt, Beweislast und Anspruchsdurchsetzung . . . . .	207
1. § 144 Abs. 1 InsO . . . . .	207
a) Erfüllungsforderung des Anfechtungsgegners . . . . .	207
b) Aufrechenbarkeit der wiederaufgelebten Forderung? . . . . .	208
2. § 144 Abs. 2 S. 1 InsO . . . . .	208
a) Vollständige Rückabwicklung oder Wertdifferenzhaftung in Sonderfällen? . . . . .	210
aa) Parallele zur Unentgeltlichkeitsanfechtung unteilbarer Leistungen . . . . .	210
bb) Unzulänglichkeit einer Vergleichslösung . . . . .	211
cc) Wahlrecht des Insolvenzverwalters . . . . .	211
dd) Zwischenergebnis zu a) . . . . .	213
b) Darlegungs- und Beweislast . . . . .	213
c) Zurückbehaltungsrecht des Anfechtungsgegners . . . . .	214
IV. Ergebnis zu D. . . . .	214
E. Zusammenfassung zu § 2 . . . . .	215
§ 3 Die Gegenleistung im Rahmen des Zahlungsverbots . . . . .	217
A. Grundlagen des Zahlungsverbots . . . . .	220
I. Entwicklung und praktische Relevanz der Zahlungsverbote . . . . .	220
II. Normzweck des Zahlungsverbots . . . . .	222
1. Ausgleich von Masseschmälerungen . . . . .	222
2. Anreiz zum Liquiditätsmanagement und zur Insolvenzantragstellung . . . . .	224
3. Ergänzung des insolvenzrechtlichen Haftungs- und Anreizsystems . . . . .	225
4. Zeitlicher Anwendungsbereich des Zahlungsverbots . . . . .	226

III. Tatbestandsvoraussetzungen des § 15b InsO	227
1. Materielle Insolvenz der Gesellschaft	227
2. (Masseschmälernde) Zahlung i. S. d. § 15b InsO	228
3. Verschulden des Geschäftsleiters	229
a) Einfacher Fahrlässigkeitsmaßstab	230
b) Exkulpationsmöglichkeit, § 15b Abs. 1 S. 2 InsO	230
<i>B. Berücksichtigung von Gegenleistungen und Parallelen zur Anfechtung</i>	232
I. Dogmatischer Ausgangspunkt	233
1. Urstreit um die dogmatische Einordnung des Zahlungsverbots	234
a) Schadensersatzrechtliches Verständnis	234
b) Herrschende Ansicht: Erstattungsanspruch eigener Art	235
c) Stellungnahme	235
2. Weichenstellung für die prinzipielle Berücksichtigung von Gegenleistungen	236
II. Eindämmung durch den Bundesgerichtshof und § 15b InsO	237
1. Entscheidungskaskade des II. Zivilsenats	237
a) Revolvierendes Darlehen – BGHZ 203, 218	237
b) Einzug sicherungsabgetretener Forderungen auf debitorisches Konto	238
c) Keine Anwendbarkeit der Regeln zu § 142 InsO – BGH NZG 2017, 1034	240
2. Kritik im Schrifttum und offene Fragen	242
3. Vermittelnder Ansatz des § 15b Abs. 4 S. 2 InsO	243
III. Vorbild Insolvenzanfechtung	244
1. Verknüpfung mit dem Insolvenzanfechtungsrecht	244
a) Zurückgewiesener Rückgriff auf Regelungen zum Bargeschäftsprivileg	245
b) Die Parallele zur Gläubigerbenachteiligung des § 129 Abs. 1 InsO	246
2. Der Grundsatz der Einzelbetrachtung beim Zahlungsverbot	247
IV. Anforderungen an die Anrechenbarkeit der Gegenleistung	248
1. Unmittelbarkeitserfordernis	248
a) Orientierung am anfechtungsrechtlichen Unmittelbarkeitserfordernis	248
b) Ausdruck der Einzelbetrachtung	250
2. Zeitliche Abfolge des Leistungsaustauschs	250
a) Kein Ausgleich durch bereits zugeflossene Vorleistungen	251
b) Abschwächung bei Leistungsaustausch Zug um Zug	253
3. Bewertungszeitpunkt – fortdauernde Kompensation	253
a) Die Lösung des Bundesgerichtshofs und ihre Vorteile	254
b) Kritik und Stellungnahme	255
aa) Ausgangspunkt: Das einfache Austauschgeschäft	255
bb) Rechtsökonomische Unstimmigkeiten	256

(1) Anreiz zur übermäßigen Risikoübernahme . . . . .	256
(2) Risikotragung im Verhältnis von Geschäftsleiter und Gläubigern . . . . .	257
cc) Auslegung der Norm . . . . .	258
(1) Wortlaut des § 15b Abs. 4 S. 1, Abs. 1 S. 1 InsO . . . . .	258
(2) Historisch . . . . .	258
(3) Systematik der Norm – Rolle des § 15b Abs. 1 S. 2 InsO . . . . .	259
(4) Zweck der Zahlungsverbote . . . . .	260
dd) Lückenschließung durch andere Haftungstatbestände? . . . . .	261
(1) Insolvenverschleppungshaftung, §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. 15a Abs. 1 InsO . . . . .	261
(2) Geschäftsführerhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG . . . . .	262
c) Erforderliche Rückkehr zur Zeitraumbetrachtung . . . . .	263
aa) Risikotragung über die Insolvenzeröffnung hinaus . . . . .	264
(1) Letzte mündliche Verhandlung des Haftungsprozesses . . . . .	264
(2) Vom Insolvenzverwalter verschuldeter Untergang der Gegenleistung . . . . .	266
bb) Anpassung der Risikoverteilung an dynamische Transaktionsgeschehen . . . . .	267
(1) Vermutung zugunsten des Geschäftsleiters . . . . .	267
(2) Mittel gegen Potenzierung des Erstattungsanspruchs . . . . .	269
d) Zwischenergebnis zu 3. . . . .	270
4. Bewertungsmaßstab – gleichwertige Verwertbarkeit der Gegenleistung? . . . . .	271
a) Ansetzung zum Liquidationswert . . . . .	272
b) Verwertbarkeit im Insolvenzverfahren . . . . .	273
aa) Geringwertige Wirtschafts- und Verbrauchsgüter . . . . .	273
bb) Dienst- und Arbeitsleistungen . . . . .	273
(1) Perpetuierung in der Masse bei wirtschaftlicher Betrachtung . . . . .	274
(2) Beweiserleichterung durch Vermutungsregelung . . . . .	275
cc) Forderungen . . . . .	276
(1) Aktivtausch . . . . .	276
(2) Kein endgültiger Vermögenszufluss . . . . .	277
(3) Wahlrecht des Insolvenzverwalters . . . . .	278
(4) Zwischenergebnis . . . . .	279
c) Marktpreis als Indiz für Liquidationswert? . . . . .	280
V. Ergebnis zu B. . . . .	281
C. <i>Verortung und Wirkung der ausgleichenden Gegenleistung</i> . . . . .	283
I. Tatbestandliche Anrechnung des Massezuflusses beim Zahlungsbegriff . . . . .	283
1. Meinungsstand . . . . .	283
2. Stellungnahme . . . . .	284

II.	Haftungsbeschränkung auf Wertdifferenz bei partiellem Ausgleich . . . . .	285
1.	Habersack/Foerster – entsprechende Anwendung des § 144 InsO . . . . .	286
2.	Herrschende Ansicht – Wertdifferenzhaftung . . . . .	286
3.	Stellungnahme . . . . .	287
a)	Wertmäßiger Ansatz des § 15b Abs. 4 S. 1, Abs. 1 S. 1 InsO . . . . .	288
b)	Keine übermäßige Belastung mit Verwertung der Gegenleistung . . . . .	288
c)	Vorzugswürdigkeit der Wertdifferenzhaftung . . . . .	289
4.	Zwischenergebnis zu II. . . . .	290
III.	Ergebnis zu C. . . . .	291
D.	<i>Gegenansprüche des Geschäftsleiters</i> . . . . .	291
I.	Befriedigung einer Insolvenzforderung . . . . .	292
1.	Anspruch auf die fiktive Insolvenzquote . . . . .	293
2.	Wiederaufleben der erloschenen Forderung, § 144 Abs. 1 InsO analog . . . . .	294
3.	Stellungnahme . . . . .	294
4.	Zwischenergebnis zu I. . . . .	296
II.	Das Verhältnis von Erstattungsanspruch und Insolvenzanfechtung . . . . .	296
1.	Leistungsverweigerungsrecht bei Anfechtbarkeit der Zahlung? . . . . .	298
2.	Innenausgleich zwischen Geschäftsleiter und Anfechtungsgegner . . . . .	300
a)	Vorrangige Haftung des Anfechtungsgegners? . . . . .	300
aa)	Argumentation der herrschenden Ansicht . . . . .	300
bb)	Kritik im Schrifttum . . . . .	301
(1)	Bangha-Szabo . . . . .	301
(2)	Drescher . . . . .	302
cc)	Stellungnahme . . . . .	303
(1)	Kein Entfall der Gläubigerbenachteiligung bei Erstattungsleistung . . . . .	303
(2)	Haftungsordnung im Innenverhältnis zum Anfechtungsgegner . . . . .	304
(a)	Vergleichbare Beteiligung an Vermögensverlagerung . . . . .	304
(b)	Anfechtungsgegner als unmittelbarer Profiteur der Zahlung . . . . .	305
(c)	Inkohärenz der Gegenkonzepte . . . . .	306
(d)	Gläubigergleichbehandlung und Effizienz des Haftungskonzepts . . . . .	307
b)	Dogmatische Grundlage . . . . .	308
aa)	§ 255 BGB oder §§ 421 ff. BGB? . . . . .	308
bb)	Stellungnahme . . . . .	310
3.	Zwischenergebnis zu II. . . . .	310
III.	Haftungsabwicklung und Gegenleistung im Verhältnis zwischen Geschäftsleiter und Anfechtungsgegner . . . . .	311
1.	Abtretung der wiederaufgelebten Insolvenzforderung . . . . .	311
2.	Erstattung der Gegenleistung aus der Insolvenzmasse . . . . .	311

3. Keine Einbeziehung der Masse bei Wertersatzanspruch des Anfechtungsgegners .....	312
IV. Ergebnis zu D. ....	313
<i>E. Beweislastverteilung und Verjährung</i> .....	314
I. Darlegungs- und Beweislast .....	314
II. Verjährung .....	315
1. Abweichende Verjährung von Erstattungs- und Anfechtungsanspruch	315
2. Stellungnahme .....	316
III. Ergebnis zu E. ....	317
<i>F. Zusammenfassung zu § 3</i> .....	318
§ 4 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	321
<i>A. Insolvenzanfechtungsrecht</i> .....	321
<i>B. Zahlungsverbot</i> .....	322
Literaturverzeichnis .....	325
Sachregister .....	349



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer/Begründung
BerlKomm	Berliner Kommentar Insolvenzrecht
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f.	folgende/r
FD-InsR	Fachdienst Insolvenzrecht
ff.	folgende (Plural)
FK	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz

gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbHRundschau Zeitschrift für Gesellschafts-, Unternehmens- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co. KG
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HambKomm	Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
Hdb	Handbuch
Hdb InsAnfR	Handbuch Insolvenzanfechtungsrecht
Hdb InsVerw	Handbuch Insolvenzverwaltung
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. H. v.	in Höhe von
InsRHdb	Insolvenzrechts-Handbuch
InsO	Insolvenzordnung
InVo	Insolvenz und Vollstreckung
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KölnKomm	Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung/zum Aktiengesetz
KSI	Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht/Konkurs, Treuhand, Sanierung
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht

OLG	Oberlandesgericht
Rdnr.	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
sog.	sogenannte/r/s
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	unter anderem/und andere
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
v.	vom
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRI	Zeitschrift für Restrukturierung und Insolvenz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



## §1 Einleitung

„Man entschließt sich so ungern zum Bankrotte wie zum Tode und sucht mit Borgen und Zahlen und Vertrösten, mit Pallieren und Flickern so lange hinzuhalten als möglich.“<sup>1</sup>

Trotz zwischenzeitlicher gegenläufiger Bemühungen des Gesetzgebers wird die Insolvenz nach wie vor häufig als Stigma,<sup>2</sup> als (mitunter persönliches) Scheitern aufgefasst, das so lange wie möglich hinauszuzögern wäre. Das Problem der Insolvenzverschleppung ist bekannt, gleichwohl ungelöst.<sup>3</sup> Führen Geschäftsleiter in der steten Hoffnung, das „Ruder doch noch herumzureißen“, materiell insolvente Unternehmen über Monate, teils Jahre hinweg fort, werden in der Summe nicht nur notwendige industrielle Strukturwandel behindert; auch der effiziente volkswirtschaftliche Ressourceneinsatz insgesamt wird beeinträchtigt<sup>4</sup> und mit einem erheblichen latenten Insolvenzrisiko belastet. Demgegenüber steht der zuletzt mit guten Gründen<sup>5</sup> in den Vordergrund gerückte Sanierungsgedanke, der nicht durch eine übervorsichtige verfrühte Insolvenzantragstellung unterlaufen werden soll und seinen vorläufigen rechtspolitischen Höhepunkt im Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) gefunden haben dürfte.<sup>6</sup>

Scheitert die Unternehmensfortführung, rücken die insolvenzrechtlichen Haftungs- und Ausgleichsmechanismen in den Fokus. Ein nicht unerheblicher Anteil der in der wirtschaftlichen Krise angestregten Austauschgeschäfte fällt

---

<sup>1</sup> *Johann Wolfgang von Goethe*, Wilhelm Meisters theatralische Sendung, IV, 16.

<sup>2</sup> *Jacoby/Madaus/Sack/Schmidt/Thole*, ZInsO 2018, 2402, 2403.

<sup>3</sup> *Scholz-Bitter*, § 64 Rdnr. 38; *Baumbach/Hueck-Haas*, § 64 Rdnr. 2; empirischer Befund bei *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1286; *Kirstein*, ZInsO 2008, 131 ff.

<sup>4</sup> Entgegen dem erklärten Ziel des Gesetzgebers der InsO, vgl. Begr. zu RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 75 f.; ferner *Kayser*, ZIP 2018, 2189, 2190.

<sup>5</sup> Vgl. die Antwort der Europäischen Kommission auf die Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf der Richtlinie über den präventiven Restrukturierungsrahmen, BR-Drucks. 1/17, S. 4 („Durch Insolvenzen gehen in der Europäischen Union jährlich rund 1,7 Millionen Arbeitsplätze verloren. [...] Jede fünfte Insolvenz [in der EU] ist auf die Insolvenz eines anderen Unternehmens in der Lieferkette zurückzuführen.“).

<sup>6</sup> *H.-F. Müller*, ZGR 2018, 56, 59; *Vallender*, FS Wimmer (2017), S. 537, 538; allgemein zur weltweit erstarkenden Rettungskultur *Bork*, ZIP 2017, 1441, 1442 f.; *Paulus/Dammann*, ZIP 2018, 249, 251; *Keinert*, Vertragsbeendigung in der Insolvenz (2018), S. 30 ff.; konkret und kritisch zum präventiven Restrukturierungsrahmen *Berger*, ZInsO 2016, 2413, 2415 („Restrukturierungseuphorie“); *Thole*, ZIP 2017, 101 („Sanierungshype“).

schließlich in die Anfechtungszeiträume der §§ 129 ff. InsO und zwingt den Insolvenzverwalter damit zur Prüfung der Erfolgsaussichten potentieller Anfechtungen der schuldnerischen Rechtshandlungen.<sup>7</sup> Dasselbe gilt für die Rolle der verantwortlichen Geschäftsleiter, die gem. § 15b Abs. 4 S. 1, Abs. 1 InsO<sup>8</sup> persönlich auf Erstattung sämtlicher verbotener (masseschmälernder) Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen haften.

Ist beim mittlerweile insolventen Schuldner selbst bekanntlich nichts mehr zu holen, richtet sich die Haftung für die Nachteile einer fortgeführten, aber letztlich gescheiterten Wirtschaftstätigkeit zwangsläufig gegen die anderen unmittelbar beteiligten Akteure, d. h. gegen den Anfechtungsgegner als Leistungsempfänger, gegen den Geschäftsleiter als Leistungsveranlasser. Begrenzt wird ihre Einstandspflicht durch zeitliche Anfechtungsgrenzen, subjektive Merkmale<sup>9</sup>, spezielle Privilegierungen<sup>10</sup> und umfangreiche Exkulpationsmöglichkeiten<sup>11</sup>. Wo diese Grenzen konkret verlaufen (sollen), ist Ergebnis einer Abwägung der teils widerstreitenden insolvenzrechtlichen Prinzipien des Schuldner-, Vertrauens- und Gläubigerschutzes. Im Windschatten der zunehmenden Sanierungskultur wurden diese Grenzen zuletzt wiederholt, wenngleich nur in geringfügigem Maße, zugunsten der Anfechtungsgegner und Geschäftsleiter verschoben.<sup>12</sup> Auch künftig sollen erfolgsversprechende, notfalls über den Eintritt der materiellen Insolvenz hinaus verfolgte Sanierungsabsichten nicht durch ein zu rigides Haftungssystem gefährdet werden.

All das soll nicht den Blick versperren auf die vorgelagerte, umstrittene und oftmals unklare Frage, ob und in welchem Umfang eine Haftung überhaupt in Betracht kommt, wenn der Schuldner eben nicht nur einen Vermögensab-, sondern zugleich einen Vermögenszufluss, allen voran in Form einer Gegenleistung, verzeichnet hat. Anders gewendet geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen der Anspruchsgegner eine zugeflossene, mitunter selbst erbrachte Gegenleistung in Abzug bringen oder jedenfalls zurück oder ersetzt verlangen kann. Wenn die Gläubiger nicht benachteiligt werden, die Masse nicht geschmälert wird, bestehen schließlich weder Grund noch Rechtfertigung für eine Inhaftungnahme Dritter. Indes verschreiben sich sowohl die Insolvenz-

<sup>7</sup> Bork, ZIP 2006, 589, 593; MünchKomm.InsO-Schoppmeyer, § 60 Rdnr. 12.

<sup>8</sup> Bis zur Zusammenfassung in § 15b InsO, d. h. bis zum 31.12.2020: §§ 64 GmbHG, 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, 130a Abs. 1 HGB, 99 S. 1, 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG.

<sup>9</sup> Erforderlich ist bei der besonderen Insolvenzanfechtung (mit Ausnahme der Inkongruenzanfechtung, § 131 InsO) die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder eines Eröffnungsantrags, eingehend unter § 2 A. II. 2.

<sup>10</sup> Allen voran das Bargeschäftsprivileg, § 142 Abs. 1 InsO.

<sup>11</sup> So etwa § 15b Abs. 1 S. 2, Abs. 2 InsO.

<sup>12</sup> So zuletzt im Anfechtungsrecht durch die Stärkung des Bargeschäftsprivilegs des § 142 InsO durch Einfügung des zusätzlichen Unlauterkeitsmerkmals, beim Zahlungsverbot durch die durch § 15b Abs. 2 InsO konkretisierten Anforderungen an eine Exkulpation des Geschäftsleiters; allgemein auch Hoffmann, KTS 2018, 343, 344 f.

anfechtung als auch das Zahlungsverbot einer Einzelbetrachtung der Vor- und Nachteile jeder individuellen Rechtshandlung bzw. Zahlung.<sup>13</sup> Auch wenn eine Gegenleistung das Paradebeispiel eines zugeflossenen Vorteils darstellen mag, verbietet sich die ungeprüfte Übernahme der aus dem Schadensrecht bekannten, aber eben *gesamtbetrachtenden* Vorteilsausgleichung. Die Besonderheiten des Insolvenzrechts verlangen nach einer eigenen Systematik.

## A. Anlass der Untersuchung

Den Anlass, die Rolle des Vermögenszuflusses bzw. der Gegenleistung im insolvenzrechtlichen Haftungskonzept näher zu untersuchen, gibt eine jüngere Entscheidungskaskade des Bundesgerichtshofs.<sup>14</sup> Während der II. Zivilsenat im Rahmen der vormals gesellschaftsrechtlich normierten Zahlungsverbote eine Reihe von Anforderungen an die Anrechnung der Gegenleistung konkretisiert und der Geschäftsleiterhaftung damit einen Teil ihres vermeintlichen Schreckens genommen hat, hat er einer entsprechenden Anwendung der Regelungen zum anfechtungsrechtlichen Bargeschäftsprivileg zu Recht eine Absage erteilt<sup>15</sup>. Dennoch zeigt die umfangreiche Auseinandersetzung des Senats mit den Argumenten für eine Analogie zu § 142 InsO<sup>16</sup> eines deutlich: Insolvenzanfechtungsrecht und Zahlungsverbot können nicht ohne Rücksicht aufeinander eigenen Konzepten und Lösungen zugeführt werden. Sie sind Teile eines einheitlichen und nunmehr auch einheitlich in der InsO kodifizierten<sup>17</sup> Haftungs- und Gläubigerschutzsystems, das, um sich seinerseits nicht in Widersprüche zu verwickeln, abgestimmter Antworten bedarf. Das betrifft auch und insbesondere die Berücksichtigung etwaiger Gegenleistungen, die sich auf die Gläubigerbenachteiligung bzw. die Masseschmälerung – die tatsächliche Verbindungslinie zwischen Insolvenzanfechtung und Zahlungsverbot –<sup>18</sup> auswirken können.

---

<sup>13</sup> Erstmals für das Anfechtungsrecht BGH NJW 1987, 1812; für das Zahlungsverbot etwa Baumbach/Hueck-Haas, § 64 Rdnr. 62.

<sup>14</sup> BGHZ 203, 218 = NZG 2015, 149; BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998; BGH NZG 2017, 1034; BGH NZG 2016, 225.

<sup>15</sup> BGH NZG 2017, 1034 Rdnr. 12 ff.

<sup>16</sup> Baumbach/Hueck<sup>21</sup>-Haas, § 64 Rdnr. 71, aufgegeben in 22. Aufl.; Habersack/Foerster, ZHR 178 (2014), 387, 403 ff.; dies., ZGR 2016, 153, 180 f.; Gehrlein, ZHR 181 (2017), 482, 506 ff.; Saenger/Inhester-Kolmann, § 64 Rdnr. 36; Poertzen, ZInsO 2017, 2056, 2057 f.; Thole, Gläubigerschutz (2010), S. 717; ferner in Erwägung ziehend Strohn, NZG 2011, 1161, 1164 f.

<sup>17</sup> Im Rahmen des SanInsFoG v. 22.12.2020 (BGBl. I, S. 3256) wurden die Zahlungsverbote mit Wirkung zum 1.1.2021 einheitlich in § 15b InsO zusammengefasst.

<sup>18</sup> In diese Richtung auch Gehrlein, ZHR 181 (2017), 482, 496.

## B. Vielzahl offener Fragen

Insoweit ist ungeklärten und umstrittenen Fragen nachzugehen: Können Dienst- und Arbeitsleistungen, die unzweifelhaft unter das Bargeschäftsprivileg fallen, auch eine Gläubigerbenachteiligung und Masseschmälerung ausgleichen? Ist es von Bedeutung, ob die Schuldnerin oder der andere Teil zuerst leistet? Wie ist die Gegenleistung zu bewerten? Kann die Begründung einer Forderung als gleichwertige, ausgleichende Gegenleistung berücksichtigt werden?<sup>19</sup> Wer haftet im Endeffekt, wenn der Insolvenzverwalter wegen derselben Zahlung sowohl den Geschäftsleiter als auch den Leistungsempfänger in Anspruch nehmen kann?

Ebenso sind vermeintlich abschließende Antworten zu hinterfragen, auf ihre insolvenzrechtliche Prinzipienfestigkeit zu untersuchen und im übergeordneten Kontext des gesamten Haftungssystems zu beleuchten: Hat der Geschäftsleiter tatsächlich nur dafür einzustehen, dass eine Gegenleistung im Moment ihres Zuflusses den abgeflossenen Vermögenswert wertmäßig ersetzt? Kann der Sanierungsberater die Anfechtung seines Honorars unter Verweis auf seine erbrachte Leistung von vorneherein auf den *unangemessenen* Teil beschränken?<sup>20</sup> Darf ein Anfechtungsgegner seine Gegenleistung wirklich nur dann aus der Masse erstattet verlangen, wenn der Insolvenzverwalter das Verpflichtungs- und nicht nur das Deckungsgeschäft angefochten hat?

## C. Gang der Untersuchung

Zu diesem Zweck ist zunächst das umfangreiche Insolvenzanfechtungsrecht zu untersuchen, dessen Zweck, Systematik und Dogmatik in einem ersten Schritt in ihren Grundzügen nachgezeichnet werden sollen.<sup>21</sup> Hierauf aufbauend kann die nicht selten unterschätzte<sup>22</sup> allgemeine Anfechtungsvoraussetzung der Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) in den Blick genommen werden. Die gegen eine Anrechnung der Gegenleistung sprechenden Einwände werden diskutiert, erforderliche Einschränkungen vorgenommen und Kriterien einer Berücksichtigung formuliert, bevor den Problemfällen der minderwertigen oder später untergegangenen Gegenleistung nachgegangen wird.<sup>23</sup> Auf diesem normativen Fundament sind sodann die konkreten Anforderungen an die (berücksichtigungsfähige) Gegenleistung herauszuarbeiten und mit entsprechend

<sup>19</sup> Insoweit noch explizit offenlassend BGHZ 203, 218 Rdnr. 16 = NZG 2015, 149; *Kruth* (Anm. zu BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13), NZI 2015, 135; *K. Schmidt*, NZG 2015, 129, 133.

<sup>20</sup> So BGHZ 77, 250 = NJW 1980, 1962.

<sup>21</sup> Dazu unter § 2 A.

<sup>22</sup> *Kreft*, KTS 2012, 405.

<sup>23</sup> Hierzu unter § 2 B.

auszutariierenden Konturen zu versehen.<sup>24</sup> Abweichungen im Rahmen der Untergeltlichkeitsanfechtung des §134 InsO werden aufgezeigt und eingebettet. Abgeschlossen wird der erste, anfechtungsrechtliche Teil durch die Darstellung eines eigenen Ansatzes zur Auslegung des §144 InsO, der nach Auffassung des Verfassers einer differenzierteren Wahrnehmung bedarf, um dem zentralen Wiederherstellungsanliegen der Insolvenzanfechtung bei gleichzeitigem Ausschluss ungerechtfertigter Massebereicherungen hinreichend gerecht zu werden.<sup>25</sup>

Im zweiten Teil steht die Haftung für verbotene Zahlungen im Mittelpunkt, die seit ihrer Wiederentdeckung Ende der 1990er-Jahre in der Praxis erheblich an Bedeutung gewonnen hat und nicht selten für ihre systembedingte Schärfe kritisiert wurde. Den Eindämmungsversuchen in der Literatur und der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird nachgegangen.<sup>26</sup> Anschließend sind die Parallelen zur Insolvenzanfechtung aufzuzeigen, anhand derer die konkreten Kriterien zur Anrechnung der Gegenleistung erörtert werden können.<sup>27</sup> Besonderer Beachtung bedarf der zuletzt vom II. Zivilsenat angesetzte Bewertungszeitpunkt. Danach muss der Geschäftsleiter anders als der Anfechtungsgegner, um seiner Haftung zu entgehen, lediglich nachweisen, dass die Gegenleistung im Moment ihres Zuflusses gleichwertig war, ohne dass ihr Wert bis zur Verfahrenseröffnung erhalten bleiben müsste.<sup>28</sup> Damit einher gehen grundlegende Fragen zur Risikoverteilung zwischen Gläubigern und Haftungsadressat, die sich in vergleichbarer Weise auch im Anfechtungsrecht stellen. Abgeschlossen wird der zweite Teil mit den Gegenansprüchen des Geschäftsleiters und dem Verhältnis von Erstattungs- zu Anfechtungsanspruch, wenn eine verbotene Zahlung zugleich anfechtbar und damit grundsätzlich sowohl vom Organwalter als auch vom Anfechtungsgegner erstattet verlangt werden kann.<sup>29</sup>

Ziel der Ausführungen ist es, einen Beitrag zu mehr Klarheit und letztlich Rechtssicherheit für Anfechtungsgegner, Geschäftsleiter, Gläubiger und Insolvenzverwalter zu leisten. Ihr Fokus liegt auf den haftungsrechtlichen Auswirkungen, die der Zufluss einer Gegenleistung zum Schuldnervermögen nach sich zieht. Im Interesse eines kohärenten Gesamtsystems von Insolvenzanfechtung und Zahlungsverbot verschreiben sie sich dem Versuch, rechtsinstitutsübergreifend konsistente Vorgaben zur Handhabung der Gegenleistung zu entwickeln. Rechtsfolgenseitig sollen wertungsgerechte Ergebnisse ermöglicht und mit Blick auf den Gläubigerschutz nicht zuletzt die richtigen präventiven Verhaltensanreize für die Beteiligten gesetzt werden. Die Ausführungen schließen mit einer Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse.

---

<sup>24</sup> § 2 C.

<sup>25</sup> Eingehend unter § 2 D.

<sup>26</sup> § 3 B. I. u. II.

<sup>27</sup> Dazu § 3 B. III. IV.

<sup>28</sup> BGHZ 203, 218 Rdnr. 11 ff. = NZG 2015, 149.

<sup>29</sup> § 3 D.



## § 2 Die Gegenleistung im Insolvenzanfechtungsrecht

Begonnen werden soll mit dem Insolvenzanfechtungsrecht, dessen Grenzen der Gesetzgeber aufgrund einer Abwägung der teils konfligierenden Interessen aller Beteiligten gezogen hat.<sup>1</sup> In jüngerer Vergangenheit war die bewusst scharf ausgestaltete Insolvenzanfechtung<sup>2</sup> (wieder einmal) Gegenstand teils eindringlicher Appelle,<sup>3</sup> die gesetzten Grenzen zu überdenken und insbesondere das Erhaltungs- und Bestandsinteresse des Anfechtungsgegners an der Aufrechterhaltung des jeweiligen Leistungsaustauschs mit dem Schuldner stärker zu berücksichtigen.<sup>4</sup>

Mit der Reform des Anfechtungsrechts<sup>5</sup> hat der Gesetzgeber auf diese Kritik reagiert und unter anderem das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO ausgedehnt.<sup>6</sup> Ziel des neu eingefügten Unlauterkeitsmerkmals ist es, die lediglich auf eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung gestützte Vorsatzanfechtung weiter zurückzudrängen und dadurch die Planungssicherheit im Geschäftsverkehr zu erhöhen.<sup>7</sup> Auch der Bundesgerichtshof hat einzelne Anfechtungstatbestände zuletzt weiter eingeschränkt oder zumindest in ihren Rechtsfolgen abgeschwächt. Im Rahmen der Unentgeltlichkeitsanfechtung nach § 134 InsO fordert er nunmehr einen Freigiebigkeitswillen des Schuldners und verneint grundsätzlich die Unentgeltlichkeit einer rechtsgrundlos erfolgten Schuldnerleistung.<sup>8</sup> Seine zu Recht kritisierte Haltung zu § 132 InsO, wonach die Anfechtung einer unange-

---

<sup>1</sup> Begr. zu RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 82; Kübler/Prütting/Bork-Bork, Vor § 129 Rdnr. 2; MünchKomm.InsO-Kirchhof/Freudenberg, Vor §§ 129 bis 147 Rdnr. 4.

<sup>2</sup> Begr. zu RegE, BT-Drucks. 12/2443, Vorblatt unter B 3. und S. 82, 85; Gehrlein, NZI 2014, 481. Oftmals wird das Anfechtungsrecht auch als „scharfes Schwert“ des Insolvenzverwalters bezeichnet, vgl. nur Kayser, ZIP 2014, 1966; Skauradzun, DZWIR 2010, 365, 367; HambKomm.-A. Schmidt, § 1 Rdnr. 33, 36; Wimmer, ZIP 2013, 2038, 2039.

<sup>3</sup> Vgl. zur „Fundamentalkritik“ der *Industrieverbände* ZInsO 2013, 2312, 2313; kritisch hierzu wiederum Ganter, WM 2014, 49; Gehrlein, NZI 2014, 481; zum „Geschrei interessierter Kreise“ Bork, ZIP 2014, 1905, 1906.

<sup>4</sup> Bisweilen wird hier etwas konturenarm vom Schutz des Vertrauens des Anfechtungsgegners auf den Bestand des Leistungsaustauschs gesprochen. Treffender ist es aber wohl, von einer Wahrung der Belange der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes auszugehen, vgl. Thole, Gläubigerschutz (2010), S. 301 f.

<sup>5</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz v. 29.3.2017, BGBl I, S. 654 ff.

<sup>6</sup> Kindler/Bitzer, NZI 2017, 369, 375.

<sup>7</sup> Begr. zu RegE, BT-Drucks. 18/7054, S. 19.

<sup>8</sup> BGHZ 214, 350 = NZI 2017, 669.

messen hohen Beratervergütung auf ihren unangemessenen Teil zu beschränken sei,<sup>9</sup> zeugt von schon älteren Bemühungen, das Anfechtungsrecht punktuell zu entschärfen. Intuitiv könne es schließlich nicht angehen, dass ein Anfechtungsgegner, der seinerseits eine (werthaltige) Gegenleistung erbracht hat, nach erfolgter Anfechtung angesichts notorisch geringer Insolvenzquoten im Ergebnis mehr oder weniger umsonst geleistet zu haben droht.<sup>10</sup>

Die Frage nach der richtigen Behandlung des Leistungsaustauschs in der Insolvenz beschäftigt Judikatur und Legislative also gleichermaßen. Abweichungen von seinem besonderen Schutz im allgemeinen Zivilrecht und die oftmals beteiligten wirtschaftlichen Interessen am Fortbestand des Austauschs laden dazu ein, die Grenzen des Anfechtungsrechts zu überdenken. Dabei findet die Gegenleistung keineswegs nur in den §§ 142 und 144 Abs. 2 InsO Beachtung, in denen sie das Gesetz explizit erwähnt.<sup>11</sup> Kaum einer der Anfechtungstatbestände der §§ 130 bis 137 InsO kommt umhin, den Leistungsaustausch zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner zumindest flankierend zu thematisieren. Ob etwa ein Rechtsgeschäft des Schuldners die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt (§ 132 Abs. 1 InsO), hängt maßgeblich davon ab, ob und bejahendenfalls welche Leistung dem Schuldner im Gegenzug zugeflossen ist oder jedenfalls versprochen wurde.<sup>12</sup> Ähnliche Fragen stellen sich bei der Bestimmung der Unentgeltlichkeit einer schuldnerischen Leistung (§ 134 InsO)<sup>13</sup> oder der Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes bei der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 S. 1 InsO). Auch das verbindende Element der wertungsmäßig mitunter äußerst unterschiedlichen Anfechtungstatbestände, die stets erforderliche Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO),<sup>14</sup> bedarf vor dem Hintergrund erfolgter oder vereinbarter Leistungsaustausche einer kritischen Betrachtung.

Im Folgenden sind daher schrittweise die zentralen, einschlägigen Regelungsinstitute des Anfechtungsrechts auf ihre Position zur Gegenleistung des Anfechtungsgegners zu untersuchen. Erst mithilfe einer umfassenden Betrachtung lässt sich die Rolle der Gegenleistung im Anfechtungsrecht hinreichend klar umreißen und ein kohärentes, widerspruchsfreies Bild zeichnen, dessen Potential sich schließlich auch auf verwandte Regelungsmaterien erstrecken lassen könnte.

<sup>9</sup> BGHZ 77, 250, 255 f. = NJW 1980, 1962, 1963 f.; so auch in der Literatur MünchKomm. InsO-Kayser/Freudenberg, § 132 Rdnr. 14; Kirchhof, ZInsO 2005, 340, 342 f.; HambKommRogge/Leptien, § 132 Rdnr. 11; a. A. Jaeger-Henckel, § 129 Rdnr. 248; Kübler/Prütting/Bork-Schoppmeyer, § 132 Rdnr. 14.

<sup>10</sup> Vgl. auch Bitter, KTS 2016, 455, 456 („empfindet [der Anfechtungsgegner] die anfechtungsrechtliche Rückgewähr wirtschaftlich als Verpflichtung zur doppelten Leistung“).

<sup>11</sup> Eckardt, ZInsO 2004, 888, 890.

<sup>12</sup> BGHZ 214, 350 Rdnr. 11 = NZI 2017, 669 (m. Anm. Lütcke); BGH ZIP 2011, 484, Rdnr. 10 ff.

<sup>13</sup> Eckardt, ZInsO 2004, 888, 895.

<sup>14</sup> Schoppmeyer, WM 2018, 353, 359.

## A. Grundgedanken und System des Insolvenzanfechtungsrechts

Um sich den spezifischen Problemen, die die Gegenleistung im Anfechtungsrecht aufwirft, im Detail widmen zu können, ist es zunächst erforderlich, sich der Wertungsgrundlagen und systematischen Grundzüge der Insolvenzanfechtung zu vergewissern.

### I. Zweckpluralität der §§ 129ff. InsO

Während das Hauptaugenmerk des wissenschaftlichen Diskurses lange vor allem der Wirkungsweise und den Folgen der Anfechtung galt, wurden Sinn und Zweck der Insolvenzanfechtung oft nur rudimentär behandelt.<sup>15</sup> Mit der Erkenntnis eines von Rechtsprechung und Literatur bislang kaum überzeugend herausgearbeiteten teleologischen Fundaments<sup>16</sup> wird diese Frage in jüngerer Zeit indes zunehmend adressiert.

#### 1. Bestmögliche Haftungsverwirklichung und Massegenerierung

Vereinzelt wird allein auf die rechtstatsächlichen Wirkungen der Insolvenzanfechtung abgestellt.<sup>17</sup> Letztlich gehe es der Anfechtung um Massemehrung: zum einen, um die Gläubiger bestmöglich zu befriedigen, zum anderen, um überhaupt erst die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken und ihm dadurch zu ermöglichen, seine Ordnungsfunktionen zu erfüllen.<sup>18</sup> Als materiell-rechtliches Instrument zur verfahrensrechtlichen Haftungsverwirklichung bedürfe die Anfechtung über diesen Zweck hinaus keiner Erklärung.<sup>19</sup> Bedenkt man jedoch, dass im Grunde das gesamte Insolvenzverfahren dem Ziel der Haftungs-

<sup>15</sup> Vgl. zu diesem Befund *Thole*, Gläubigerschutz (2010), S. 279–324; zur verengten Diskussion statt vieler *Allgayer*, Rechtsfolgen und Wirkungen der Gläubigeranfechtung (2000), S. 5–72; *Costede/Kaehler*, ZZZ 84 (1971), 395 ff.; *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung (1969), *passim*; *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991), S. 42 ff.; *Kühnemund*, Anfechtung von Prozeßhandlungen (1998), S. 58 ff.; *ders.*, KTS 1999, 25, 33 ff.; *Marotzke*, KTS 1987, 1 ff.; *G. Paulus*, AcP 155 (1955), 277 ff.; *K. Schmidt*, JuS 1970, 545, 548; *ders.*, JZ 1987, 889 ff.; *ders.*, JZ 1990, 619, 620; *Wacke*, ZZZ 83 (1970), 418.

<sup>16</sup> *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung und Leistungen Dritter (2015), S. 26; *K. Bartels*, KTS 2016, 181, 205 („Der telos der Insolvenzanfechtung liegt weiter im Dunkeln.“); *Eidenmüller/Engert*, FS K. Schmidt (2009), S. 305, 307; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rdnr. 21.04 ff.; *Klinck*, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung (2011), S. 83 ff.; *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991), S. 2; *Thole*, Gläubigerschutz (2010), S. 287 ff.; *ders.*, ZZZ 121 (2008), 67 ff.

<sup>17</sup> *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung und Leistungen Dritter (2015), S. 117 ff.

<sup>18</sup> *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung und Leistungen Dritter (2015), S. 119 f.; *Frind*, ZInsO 2014, 1985, 1990; *Ludwig*, ZInsO 2014, 1729, 1730 f.; ansatzweise wohl auch *HambKommRogge/Leptien*, § 129 Rdnr. 42; eingehend zur Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens *HambKomm-A. Schmidt*, § 1 Rdnr. 33, 36.

<sup>19</sup> *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung und Leistungen Dritter (2015), S. 118.

verwirklichung<sup>20</sup> dient, stellt die rechtstatsächliche Ansicht das Problem eines eigenständigen, abgrenzbaren *telos* der Insolvenzanfechtung tendenziell eher fest als dass sie es wirklich überwindet.<sup>21</sup>

## 2. Erstreckung der §§ 81, 91 InsO auf die Krise des Schuldners

Einem vergleichbaren Einwand sieht sich die Auffassung ausgesetzt, derzufolge die allgemeingültige Erklärung der Anfechtungsvorschriften in der Beschränkung der privaten Verfügungs- und Gestaltungsmacht des Schuldners liegt. Es ist zwar richtig, dass die Insolvenzanfechtung die Privatautonomie des Schuldners einzuschränken<sup>22</sup> und dadurch die Regelungswirkung der §§ 81, 91 InsO – zumindest partiell – auf die Phase vor Antragstellung zu erstrecken vermag.<sup>23</sup> Im Ergebnis beschreibt auch dieser Ansatz aber eher die (mittelbaren) Folgen als den Zweck der Insolvenzanfechtung.<sup>24</sup>

## 3. Par conditio creditorum als (unzureichender) Erklärungsansatz

Am ehesten verfängt daher noch die verbreitet anzutreffende Auffassung, dass die §§ 129 ff. InsO der Durchsetzung der *par conditio creditorum* dienen.<sup>25</sup> Genügt das Vermögen des Schuldners in aller Regel schon vor Verfahrenseröffnung nicht mehr zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger, verpflichtet die Insolvenzanfechtung die Gläubiger bereits vor dem Beginn der Gesamtvollstreckung zur wechselseitigen Rücksichtnahme.<sup>26</sup> Einzelne, gläubigerbenachteiligende Vorabbefriedigungen werden haftungsrechtlich invalidiert, um zumindest einen partiellen Gleichlauf von materieller Insolvenz<sup>27</sup> des Schuld-

<sup>20</sup> Vgl. auch Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rdnr. 1.12; Thole, Gläubigerschutz (2010), S. 51 ff.

<sup>21</sup> K. Bartels, KTS 2016, 181, 205. Auch Eidenmüller/Engert, FS K. Schmidt (2009), S. 305, 307 attestieren diesem haftungsrechtlichen Verständnis keinen „eigenständigen Erklärungswert“.

<sup>22</sup> Die schuldnerische Privatautonomie wird insoweit sowohl dadurch eingeschränkt, dass eine vom Schuldner getroffene Vermögenszuordnung anfechtungsbedingt über die Verfahrenseröffnung hinaus keinen Bestand mehr hat, als auch dadurch, dass potentielle Vertragspartner wegen des Anfechtungsrisikos von Geschäften mit dem Schuldner schon vor Antragstellung und Eröffnung Abstand nehmen, vgl. auch Eidenmüller/Engert, FS K. Schmidt (2009), S. 308, 309 f.; Paulus/Zenker, JuS 2001, 1, 8 f.

<sup>23</sup> Thole, Gläubigerschutz (2010), S. 283; so etwa Nerlich/Römermann-Nerlich, § 129 Rdnr. 5; ferner Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991), S. 22 f.; für die besondere Insolvenzanfechtung Schoppmeyer, WM 2018, 301, 308.

<sup>24</sup> Eingehend Thole, Gläubigerschutz (2010), S. 283.

<sup>25</sup> Insofern zu kurz gegriffen BGH NZI 1999, 152, 153; BGH NJW 1995, 2783, 2784; BGH WM 1963, 748, 749; Uhlenbruck-Borries/Hirte, § 129 Rdnr. 1; Kreft, KTS 2004, 205, 218; Nerlich/Römermann-Nerlich, § 129 Rdnr. 5.

<sup>26</sup> BGHZ 162, 143, 149 = NJW 2005, 1121, 1122; BGH NZI 2010, 439 Rdnr. 10; Thole, Gläubigerschutz (2010), S. 281.

<sup>27</sup> Formelle Insolvenz meint im Unterschied dazu das tatsächlich eröffnete Insolvenzverfahren, siehe Schoppmeyer, WM 2018, 301, 302.

## Sachregister

- Abflussprinzip 131
- Abschlussbilanz 276
- Absonderungsrecht 194, 228
- Abtretung ausstehender Forderungen 278
- Abtretung der wiederaufgelebten Insolvenzforderung 311
- Abtretung des Anfechtungsanspruchs 297, 310, 313
- actio pauliana 12, 127
- Adäquanztheorie 30
- Aktivmasse 229, 241, 274
- Aktivtausch 45, 87, 108, 272, 276
- Altfälle 247, 251, 272
- Altgläubiger 220
- Anderkonto 200
- Anfechtungsprozess
  - letzte mündliche Verhandlung 31, 51, 105, 111
- Anfechtungsrisiko 141
- Anscheinsbeweis 20, 44
- Anspruchspotenzierung 269, 282
- Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung 232
- Aufrechnung 164, 169, 202, 208
- Ausfallhaftung 300
- Außenhaftung 224
- Aussonderungsrecht 194, 198, 228
- Auszahlungen, masseschädigende 224
- Bankguthaben 196 f.
  
- Bargeschäftsähnliche Lage 96, 99
- Bargeschäftsprivileg 145, 155
  - Abgrenzung zur Anrechnung der Gegenleistung 48, 54, 57
  - deklaratorische Funktion 50, 54
  - eigenständiger Anwendungsbereich 53, 57
  - entsprechende Anwendung i.R.d. Zahlungsverbots 3, 241, 245
  - inkongruente Deckung 90
  - Marktwertabgleich 93
  - Parteivereinbarung 90
  - Schuldnerschutz 16, 52
  - Sonderstellung 77
  - unpfändbare Gegenstände 92
  - Vertrauensschutz 15
  - zeitliche Abfolge der Leistungen 91
- Befriedigungsinteresse der Gläubiger 301
- Berücksichtigung von Forderungen
  - als Ausgleich der Gläubigerbenachteiligung 109
  - als Kompensation der Masseschmälerung 276
  - Endgültigkeit des Vermögenszuflusses 277
- Bestandsinteresse 14, 118, 150
- Betrachtung, wirtschaftliche 29, 32, 116, 249, 272
- Betriebsfortführung 231, 265
- Beurteilungsspielraum der Parteien 116, 120, 130, 135, 142
- Beweisnot 275
- Bewertungsgrundlage, objektive 89, 116, 135, 144
- Bewertungszeitpunkt, maßgeblicher 5
  - für den Ausgleich der Gläubigerbenachteiligung 110
  - i.R.d. Unentgeltlichkeitsanfechtung 142
  - i.R.d. Zahlungsverbots 253
- Biersteuerfall 39, 210
- Bilanzverkürzung 44, 108, 262
- Bösgläubigkeit
  - des Insolvenzverwalters 80, 84, 205
  - des Schuldners 80
- Business Judgement Rule 231, 256
  
- cessio legis, *siehe* Legalzession

- commodum ex negotiatione, *siehe* Surrogat
- Darlegungs- und Beweislast 59, 123, 142, 213, 314
- sekundäre Darlegungslast 124
  - vermuteter Fortbestand der Gegenleistung in der Masse 269
  - Vermutung der gleichwertigen Verwertbarkeit von Dienst- und Arbeitsleistungen 104, 275
- Darlehen, revolvinges 237, 245, 269
- Dienst- und Arbeitsleistungen 103, 200, 241, 273
- Differenzhypothese
- anfechtungsrechtliche 28, 33, 163, 215
  - schadensrechtliche 20, 30
- D&O-Versicherung 222, 234
- Drittleistung, *siehe* Leistung auf fremde Schuld
- Druckzahlung 305
- Eingriffskondition 21
- Einheit von Herrschaft und Haftung 257
- Einstandspflicht, verschuldensunabhängige 147
- Einzelbetrachtung 27, 47, 235, 250
- Grundsatz 37, 153, 247
  - Verhältnis zu § 15b Abs. 4 S. 2 InsO 243
- Einzug sicherungsabgetretener Forderungen 238
- Entreicherung, partielle 200
- Entreicherungsrisiko 74, 88, 131, 170, 183, 193, 215
- Abgrenzung zum Insolvenzrisiko 81
  - Interessenverschiebung 83
  - i.R.d. Unentgeltlichkeitsanfechtung 132
  - i.R.d. Zahlungsverbots 260, 263, 265
  - sachgerechte Verteilung 80
  - Übergang des Risikos 203 f.
- Erfüllungsablehnung 171 f.
- Erfüllungsforderung
- Anmeldung zur Insolvenztabelle 174
- Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters 171, 178
- Eröffnungsverfahren 232
- Ersatzanfechtungsgegner 288
- Ersatzaussonderung 196, 198 f.
- Erstattungsanspruch eigener Art 235, 247, 318
- Verhältnis zur Insolvenzanfechtung 296
- Erstattungspflicht 218
- Exkulpationsmöglichkeit 230, 241
- Fahrlässigkeit, einfache 230
- Folgenbeseitigungspflicht 21
- Forderungsverzicht 31, 44
- Fortführungsrisiko 270
- Fortführungswert 272, 280
- Freigiebigkeitswille 7, 114, 118, 125, 129, 134
- Fremdantrag 302
- Gambling for Resurrection 224, 257
- Gefährdungshaftung 73, 266
- Gefährübergang auf die Masse, *siehe* Entreicherungsrisiko
- Gegenansprüche des Anfechtungsgegners 151
- Abstufung der Ansprüche 187
  - Anspruchskürzung 200
  - eigene Anspruchsgrundlage 162
  - Entstehen des Erstattungsanspruchs 168
  - Erstattung der Gegenleistung 153, 311
  - Umfang der Erstattungspflicht 192
  - Wiederaufleben der Forderung 58, 165, 170, 178, 182, 207
  - Wiederaufleben von Sicherheiten 208
- Gegenansprüche des Geschäftsleiters 291
- Wiederaufleben der erloschenen Forderung 294
- Gegenbeweis 233, 243, 271, 283, 315
- Gegenleistung 192
- Ausgleich der Gläubigerbenachteiligung 46
  - Endgültigkeit des Zuflusses 108
  - gegenständliche Unterscheidbarkeit 194
  - Gleichartigkeit 100
  - gleichwertige 92
  - höherwertige 63, 92
  - Marktwert 242

- minderwertige 63
- Nützlichkeit 96
- Nützlichkeitskontrolle 98
- Synallagma 89
- teleologische Begriffsreduktion 161, 184
- Unmittelbarkeitszusammenhang 89
- unpfändbare 100, 193
- Untergang, *siehe* Entreicherungsrisiko
- Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung 196
- zeitliche Abfolge der Leistungen 51, 62, 91
- Geldherausgabeschuld 147
- Gesamtbetrachtung des Leistungsaustauschs 45, 154, 189
- Gesamtschuld 308
- Gestaltungsrecht 171
- Gläubigerbenachteiligung 3, 23, 28, 49, 87
  - Definition 28
  - Ermittlung 28
  - Kausalität 30
  - mittelbare 31, 52, 56 f., 77, 204
  - Rückführung des Anfechtungsgegenstands 32
  - unmittelbare 31, 52, 57, 77
  - wirtschaftlich neutrale Handlung 32
- Gläubigergleichbehandlung 53, 164, 168, 184, 223, 307, 313
  - Grundsatz 11
  - Vorverlagerung 12
- Gläubigerschaden 218, 233, 243
- Gläubigertausch 239
- Gläubigerwechsel 37
- Gleichlauf von Zahlungsverbot und Anfechtbarkeit schuldnerischer Rechtshandlungen 284
- Gleichstufigkeit der Verpflichtungen 309
- Globalzession 238
  
- Haftungsausschluss, eigenständiger 285
- Haftungsobergrenze 243
- Haftungsverwirklichung 12
- Haftungszuordnung 22
  
- Indizienbeweis 124
- Informationsasymmetrie 305
  
- Innenausgleich zwischen Geschäftsleiter und Anfechtungsgegner 300
  - vorrangige Haftung des Anfechtungsgegners 300
- Innenhaftung des Geschäftsleiters 223
- Insolvenz
  - formelle 83
  - materielle 10, 222, 225–227, 232
  - Stigma 1
- Insolvenzanfechtung
  - Abschöpfung 21
  - allgemeine 11
  - Anreizstruktur 85
  - besondere 11, 14
  - des Beraterhonorars 4, 66
  - rechtsgrundlose Leistung 121
  - subjektive Voraussetzungen 14
  - Suspektperioden 15
  - teleologisches Fundament 9
  - verhaltenssteuernde Funktion 12, 78
  - Vertrauensschutz 16, 117, 126, 128
- Insolvenzantragstellung
  - frühzeitige 79, 85, 222
  - rechtzeitige 224, 270, 302
- Insolvenzantragszeitraum 218, 225, 231
- Insolvenzbeschluss 251
- Insolvenzforderung 11, 173, 175
- Insolvenzmasse, freie 194
- Insolvenzquote 157, 174, 180, 187
  - fiktive 293
- Insolvenzreife, *siehe* materielle Insolvenz
- Insolvenzrisiko 26, 72, 141, 160, 164, 180, 184, 190
  - Definition 81
- Insolvenzverschleppung 1, 221, 232, 308
- Insolvenzverschleppungshaftung 238, 243, 256, 261
- Insolvenzverschleppungsschaden 194
- Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten 274
- Interessenlage, vergleichbare 287
- Interesse, positives 174
  
- Kassenbestand 196, 198
- Kenntnis der Nichtschuld 134
- Konkurrenz, elektive 179
- Kontokorrent 37, 238
- Kontrahierungsschaden 308

- Kostenrisiko 61  
 Legalzession 294, 302, 306  
 Leistung auf fremde Schuld 124, 138  
 Leistungsaustausch  
   – causa 161  
   – gleichwertiger 34  
   – inäquivalenter 114, 130  
   – Rückabwicklung 164, 178  
   – Saldierung 45, 72  
   – Unverdächtigkeit 101  
   – zeitliche Abfolge der Leistungen 250  
 Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsleiters 298, 313  
 Liquidationsprämisse 272  
 Liquidationswert 103, 241, 271 f., 289  
   – Ermittlung 280  
 Liquiditätsmanagement 224, 267, 270  
  
 Marktpreis 280  
 Massebereicherungsanspruch 168  
 Massebereicherungsverbot 19, 58, 159, 164, 204, 254, 301, 311  
 Massemehrung 9  
 Masseschaden 232 f.  
 Masseschmälerung 3, 204, 219, 222, 228, 233, 235, 237, 244, 258, 260, 281  
 Masseschuld 182, 185, 192, 198  
 Massesicherungspflicht 252  
 Masseunzulänglichkeit 214  
  
 Neugläubiger 220  
 Neugläubigerschaden 220  
 Nichterfüllungsforderung 171, 174 f.  
   – Ermittlung der Höhe 176  
 Notgeschäftsführung 231, 252, 271  
 Notveräußerung 130, 135  
  
 par conditio creditorum, *siehe* Gläubigergleichbehandlung  
 Partei kraft Amtes 146  
 Pfändung 230  
 Pfändungsverbot 102  
 Pflichtenkollision 232  
 Plausibilitätskontrolle 230  
 Primäranspruch 174  
 Privatautonomie 10, 35, 118, 120  
   – Bewertungsentscheidung 73  
   – Güterallokation 59  
   – Prozessrisiko 298, 308  
  
 Quotenersparnis 293, 313  
 Quotenschaden 220, 229, 235, 308  
  
 Rechtsfolgenverweisung 23  
 Rechtsnachfolger 295  
 Redlichkeit des Schuldners 128  
 Regelungslücke, planwidrige 287  
 risikoavers 270  
 Rückgewähranspruch, anfechtungsrechtlicher 146  
   – Anspruch eigener Art 25  
   – Rückgängigmachung gläubigerbenachteiligender Abflüsse 23  
   – Vorrang der gegenständlichen Rückgewähr 209  
  
 safe harbour 259  
 Saldierung 233  
 Saldotheorie 20, 24, 64, 76, 169, 205  
 Sanierungsberater 4  
 Sanierungsfeindlichkeit 270  
 Sanierungskonzept 231, 255, 259  
 Schadensausgleich, innerbetrieblicher 230  
 Schenkung, gemischte, *siehe* Leistungsaustausch, inäquivalenter  
 Schenkungsanfechtung, *siehe* Unentgeltlichkeitsanfechtung  
 Schenkung, verschleierte 123  
 Schutzwürdigkeit des anderen Teils 16  
 Sonderverjährung, organhaftungsrechtliche 316  
 Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters 230  
   – Sorgfaltsmaßstab 259, 262  
 Staffalkredit 67  
   – Hin- und Herzahlen 68  
 Steuerabführung 232  
 Surrogat 268  
   – rechtsgeschäftliches 193, 195  
 Surrogaterausgabe 195  
 Surrogation, haftungsrechtliche 269  
 Surrogationskette 196, 269, 271  
  
 Teilanfechtung 67, 75

- Teilentgeltlichkeit 132, 148, 150  
 Treuhand 122  
 Turmdrehkran-Entscheidung 197, 199  
  
 Überkompensation 170, 261, 311  
 Überschuldung 14, 228, 305  
 Überschuldungsbilanz 276  
 Überwachungspflicht 230  
 Umrechnung des Sachleistungsanspruchs 176  
 Unentgeltlichkeitsanfechtung 112  
 – Abgrenzung zu § 132 Abs. 1 InsO 130  
 – beiderseitiger Irrtum 119  
 – Dreipersonenverhältnis 124, 134, 139  
 – grundlegende Wertung 112, 127  
 – Interessenabwägung 131  
 – objektive Gleichwertigkeitskontrolle 142  
 – Parteiabrede 137, 140  
 – rechtsgrundlose Leistung 7, 134  
 – Verknüpfung der Leistungen 137  
 – Werthaltigkeit der erloschenen Forderung 140  
 Unlauterkeit 97, 99  
 Unmittelbarkeitserfordernis 248  
 Unsicherheitseinrede 109  
 Unteilbarkeit der Schuldnerleistung 148  
 Untergangsrisiko, *siehe* Entreichungsrisiko  
 Unternehmensführung, unrentable 80, 97, 105, 202  
  
 Verbrauchsgüter 273  
 Verfügungsbefugnis 227, 265  
 Verhaltenssteuerung 290  
 Verjährung 315  
 Verjährungseinrede 318  
 Verjährungsfrist, regelmäßige 315  
 Verkauf, freihändiger 95  
 Verlustausgleich 235  
 Verlustgemeinschaft 199 f.  
 Vermögensfolgeschaden 175, 181  
 Vermögensopfer 134 f., 246  
 – einseitiges 31  
 Vermögensumschichtung, *siehe* Aktivtausch  
 Vermögensverfall 125  
  
 Vermögensverlust, endgültiger 121  
 Verschleppungsschaden 234  
 Verschleuderungsgeschäft 85, 95, 118, 182  
 Verschulden des Geschäftsleiters 229  
 Verschuldensprinzip, schadensrechtliches 25  
 Verwertbarkeit der Gegenleistung  
 – erschwerte 106  
 – gleichwertige 92, 100  
 – mittelbare 103, 200  
 Verwertungshindernis 102  
 Verwertungsrisiko 107, 132  
 Vollstreckung 230  
 Vollstreckungszugriff, hypothetischer 242  
 Vorkasse 18, 78, 252  
 Vorleistung  
 – des Anfechtungsgegners 167  
 – des Geschäftsgegners 251  
 – des Schuldners 167  
 Vorrang der gegenständlichen Rückgewähr 150, 193  
 Vorteilsausgleichung 3, 20, 38, 47, 52  
 – mittelbare Vorteile 192  
 – schadensrechtliche 64, 246, 263  
 – unmittelbare Vorteile 69  
  
 Wahlrecht 169  
 – des Anfechtungsgegners 178, 180  
 – des Insolvenzverwalters 209–211, 278, 316  
 Wertdifferenz 174, 176, 195  
 Wertdifferenzhaftung 62, 66, 70, 88, 213, 286  
 – rechtsfolgenrechtliche Beschränkung auf die Leistungswertdifferenz 71  
 Wertersatz 147, 193  
 Wertschöpfungskette 268, 271  
 Wettlauf zwischen Anfechtungsgegner und Insolvenzverwalter 306  
 Wiederaufleben der Schuldnerforderung 170  
 Wiederherstellung des früheren Vermögensbestands 17, 34, 79, 163, 295  
 Wohnrecht, dingliches 123  
  
 Zahlungsbegriff 228

- Zahlungsunfähigkeit 11, 228, 305  
– drohende 228
- Zahlungsverbot 217  
– Abgrenzung zur Insolvenzverschleppungshaftung 226, 261  
– tatbestandliche Verortung der ausgleichenden Gegenleistung 284  
– wertmäßiger Ansatz 288  
– zeitlicher Anwendungsbereich 226
- Zeitpunkt Betrachtung 242, 254 f., 260
- Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Haftungsprozess 266
- Zeitraumbetrachtung 242, 263, 270, 283  
– Erstreckung über die Insolvenzeröffnung hinaus 265
- Zessionsregress 308
- Zufussprinzip 131, 140, 144
- Zurechnung 205, 230
- Zurückbehaltungsrecht 169, 214, 296
- Zustimmung 232
- Zustimmungsvorbehalt 227
- Zweikonditionenlehre 20, 76
- Zweitersatzaussonderung 196